

PERMISO DE EXPORTACIÓN DE GAS: ¿TÍTULO PRECARIO O DERECHO ADQUIRIDO?

Ignacio M. de la Riva

1. Contexto y razones de la crisis del gas

Los primeros fríos del otoño de 2004 nos hicieron caer en la cuenta de que el problema energético que se venía anunciando golpeaba, finalmente, nuestras puertas. Se trataba de una crisis que habría de incidir en todos los ámbitos de la vida económica, afectando por igual a usuarios domiciliarios y a productores industriales, con un horizonte temporal aún hoy difícil de precisar.

En lo que al gas se refiere, la crisis hizo eclosión, como es lógico, en el invierno. Una vez transcurrido el mayor frío pasó a un estado latente, lo cual no equivale a decir que haya sido superada. Por el contrario, ante la proximidad del siguiente período invernal el tema cobra nueva actualidad. El problema presenta dos caras: (i) la oferta de gas disponible en el mercado interno no basta para satisfacer una demanda que se ha expandido de manera exponencial; y (ii) la capacidad de transporte de gas de que dispone el sistema es, igualmente, insuficiente.

No está entre los propósitos de este trabajo sondear las causas de dicha crisis. Baste decir que confluyeron a generarla factores de diversa índole. Algunos de ellos atribuibles a causas naturales, como es el caso de la escasez de agua en las cuencas hídricas, que trajo consigo una merma en la producción de energía hidroeléctrica y determinó, por ende, una mayor demanda de la energía despachada por las usinas térmicas, abastecidas con gas natural. Otros, imputables a la conducta humana, entre los que destaca por su evidencia la abrupta caída del valor interno del gas frente a otras fuentes energéticas alternativas y en comparación, también, con su precio en el mercado internacional. Esto último dio lugar a una generalizada sustitución de tales energías, con la consiguiente configuración de una matriz energética

donde la participación del gas superó ampliamente la registrada en cualquier otra época o latitud.

Lo cierto es que la crisis está entre nosotros, y amenaza con proyectar sus consecuencias sobre sucesivos inviernos, dependiendo esto último, nuevamente, de cómo evolucionen los factores naturales (en particular, climáticos) y humanos involucrados (fundamentalmente, el restablecimiento de condiciones que alienten la inversión en materia de producción de gas y de ampliación de la red de transporte de gas).

2. Normativa dictada para afrontar la crisis

Advertido de la inminencia de la crisis, y con el objeto primordial de asegurar el abastecimiento interno de gas natural en el marco de las limitaciones impuestas por la emergencia económica y social vigente, al dictar el Decreto 180/04 el Poder Ejecutivo Nacional previó que *“en el supuesto que la SECRETARÍA DE ENERGÍA verifique (...) que el sistema de gas natural puede entrar en situaciones de crisis de abastecimiento o generar este tipo de situaciones sobre otro servicio público, podrá disponer todas las medidas que se consideren necesarias para mantener un adecuado nivel de prestaciones”*¹.

La hipótesis prevista en la norma se produjo, y fue así que, con fecha 24 de marzo de 2004, la Secretaría de Energía de la Nación dictó la Resolución SE N° 265/04, mediante la cual, en esencia, articuló las siguientes medidas:

a) ordenó la suspensión de las exportaciones de excedentes de gas natural útiles para el abastecimiento interno²;

¹ Conf. el artículo 31 del citado decreto.

² Los excedentes de exportación de gas natural son aquellos volúmenes de gas suministrados, a pedido del comprador externo, por encima de los niveles diarios autorizados. Las autorizaciones de exportación de gas se otorgan, según nuestro sistema jurídico, por volúmenes determinados y para un período de tiempo también definido (ver, en particular, el artículo 2 de la Resolución SE N° 299/98). Los actos administrativos que las conceden fijan, además, la cantidad de metros cúbicos de gas por día que el productor está autorizado a exportar, la cual resulta de dividir el volumen total de exportación autorizado por la cantidad de días por los que se extiende la autorización.

b) dispuso la suspensión del trámite de los pedidos de autorización para exportar gas natural en curso o por iniciarse en el futuro; y

c) encomendó a la Subsecretaría de Combustibles la elaboración de un programa de racionalización de exportaciones de gas y del uso de la capacidad de transporte que previera un esquema de cortes útiles para abastecer el mercado interno.

Para satisfacer este último propósito, la resolución referida instruyó a la Subsecretaría de Combustibles para que se abocara a elaborar un programa de racionalización de exportaciones de gas y de uso de la capacidad de transporte, en cuyo marco se previera un esquema de cortes útiles para abastecer el mercado interno. En cumplimiento de tal cometido, la Subsecretaría de Combustibles dictó la Disposición SSC N° 27/04, por la cual aprobó el "Programa de Racionalización de Exportaciones de Gas Natural y del Uso de la Capacidad de Transporte", al que se le asignó carácter transitorio³.

Las medidas restrictivas del tráfico exportador introducidas por el programa fueron, claramente, más lejas que las contempladas en el marco dado por la Resolución SE N° 265/04, ya que además de mantener la suspensión de la exportación de excedentes de gas prevista en esta última, la disposición dictada limitó con alcance general los volúmenes de exportación autorizados, al establecer que ellos no podrían superar el tope brindado por el volumen efectivamente exportado bajo cada permiso durante el año 2003⁴. Adicionalmente, el programa previó también el dictado de medidas singulares

³ El artículo 2 de dicha disposición señala expresamente que el citado programa *"tiene carácter transitorio y resulta de aplicación mientras la inyección de gas natural por Cuenca sea inferior a la demanda"* de los usuarios prioritarios individualizados en el citado precepto.

⁴ El punto 5 del Anexo I de la disposición de la Subsecretaría de Combustibles comentada establece, en efecto, que *"ninguna autorización de exportación podrá ejecutarse por niveles superiores a los registrados durante el año 2003, excluyendo incluso a los excedentes, salvo autorización expresa de la SUBSECRETARÍA DE COMBUSTIBLES..."*. Añade la norma que *"no sólo no podrán exportarse volúmenes superiores a los registrados en igual mes del año anterior, sino que adicionalmente deberán compensarse hasta la finalización del tercer trimestre de 2004, los eventuales volúmenes ya exportados en exceso"*.

de suspensión y redireccionamiento del gas destinado a exportación, órdenes selectivas éstas que se emitirían a medida que la autoridad administrativa determinara la necesidad de contar con dichos volúmenes para cubrir demanda prioritaria en el mercado interno⁵.

El 17 de junio siguiente, la Secretaría de Energía dictó la Resolución SE N° 659/04, la cual, en reemplazo de la Disposición SSC N° 27/04, aprobó el "Programa complementario de abastecimiento al mercado interno de gas natural", también de alcance declamadamente transitorio⁶. Aun cuando los mecanismos previstos en este caso solucionan algunas de las deficiencias de la disposición que le anteciedera⁷, su articulado mantuvo la mecánica de cortes selectivos a las exportaciones de gas. Así, cuando se dieran las condiciones establecidas en el régimen, la Subsecretaría de Combustibles quedaba habilitada a instruir a los productores exportadores de gas natural para que inyectaran en el sistema de transporte o distribución el volumen de gas adicional que resultare necesario para satisfacer la demanda de los usuarios del mercado interno a ser abastecidos con carácter prioritario⁸.

El repaso normativo que antecede permite comprobar que frente a la crisis desatada por la escasez de gas y por la insuficiencia de la capacidad de transporte de gas, las autoridades nacionales tomaron la clara opción de

⁵ Conf. puntos 1, 3, 4, 9, 10, 11, 12, 13 y 14 del Anexo I de la Disposición SSC N° 27/04.

⁶ Ver, al efecto, el artículo 2 de la resolución que lo aprueba, conforme al cual el programa instituido *"resultará de aplicación mientras la inyección de gas natural por Cuenca sea inferior a la demanda de: (i) los usuarios contemplados en el Artículo 31 del Decreto N° 180 de fecha 13 de febrero de 2004; con más (ii) la de los usuarios del Servicio SGP (tercer escalón de consumo) y la de los usuarios firmes (...); y con más (iii) la de las centrales de generación térmica, que resulte necesaria para evitar la interrupción del servicio público de electricidad"*.

⁷ Entre otras cosas, la Resolución SE N° 659/04 suprime el tope genérico a las exportaciones previsto en la Disposición SSC N° 27/04, salvo para las exportaciones realizadas desde la Cuenca Noroeste, donde dicho límite se mantiene debido a imposiciones derivadas del Acuerdo Transitorio para la Compra de Gas suscripto entre los presidentes de Argentina y Bolivia.

Otra de las mejoras incorporadas por la resolución examinada consiste en que ella establece un complejo sistema con ajuste al cual se determinará el orden de prioridades que habrá de respetar la Administración para la selección de las empresas a las cuales se instruirá a realizar la inyección de gas adicional para el mercado interno, lo cual transforma la naturaleza discrecional de los poderes que la Subsecretaría de Combustibles venía ejerciendo en ese terreno, y les confiere un carácter marcadamente reglado. Asimismo, contempla la posibilidad de que el productor exportador que resulte seleccionado escoja, en tanto el sistema de transporte lo permita, la cuenca desde la cual inyectará los volúmenes de gas que le son requeridos (ver punto 5 del anexo a la resolución citada).

⁸ Ver el punto 3 del anexo a la Resolución SE N° 265/04.

recortar las exportaciones acordadas, y destinar los volúmenes orientados hacia el mercado externo a satisfacer las urgencias domésticas⁹. Ello generó, como era de esperar, una inmediata y firme reacción del gobierno de Chile, principal país damnificado por la reducción de los volúmenes de gas exportables, al tiempo que abrió un frente de conflicto jurídico entre las empresas exportadoras de nuestro país y sus respectivos adquirentes transnacionales, conflicto cuyas derivaciones todavía no es posible predecir.

3. La prioridad de las necesidades del mercado interno del gas consagrada por el ordenamiento: su alcance

Las razones invocadas por las autoridades argentinas para justificar su política de suspensión de exportaciones de gas fueron de distinto orden. El principal argumento esgrimido consistió, no obstante, en señalar que el derecho argentino consagra la primacía de las necesidades de consumo interno de gas frente a los requerimientos del mercado externo.

Sería necio no reconocer la exactitud y vigencia de la regla en cuestión, la cual, por otra parte, resulta de una lógica indiscutible. Las normas legales y reglamentarias de nuestro país, al igual que los acuerdos celebrados con Chile en la materia, declaran, en efecto, de manera inequívoca, la prioridad con que ha de atenderse la demanda interna de gas respecto de los suministros de dicho producto hacia el exterior.

Ahora bien, la defensa del principio aludido no nos exime de analizar con mayor esmero, y más allá de la rotundidad con que con frecuencia se lo

⁹ Aun cuando cabe sostener que tal suspensión de exportaciones en aras a volcar al mercado interno los volúmenes de gas alcanzados constituyó uno de los costados más salientes de la política estatal frente a la crisis energética, dicha política vino acompañada por otras medidas, cuyo grado de acierto no me detengo a juzgar. Entre las iniciativas adoptadas por el gobierno nacional señalo la importación de gas natural desde Bolivia, la adquisición de electricidad a Brasil, la compra de fuel-oil a Venezuela, el lanzamiento de programas de ahorro de energía (electricidad y gas) orientados a usuarios residenciales, la firma de un acuerdo con los productores de gas en el que se estableció un sendero de precios para el mercado interno, la creación de la empresa pública estatal de energía ENARSA, y el impulso a proyectos de extensión de la red de transporte de gas.

expone, el verdadero alcance con que el mismo ha sido plasmado en el ordenamiento¹⁰.

La Ley N° 17.319, en su artículo 6, tras sentar categóricamente el principio según el cual *“durante el período en que la producción nacional de hidrocarburos líquidos no alcance a cubrir las necesidades internas será obligatoria la utilización en el país de todas las disponibilidades de origen nacional de dichos hidrocarburos”*, ya previó la facultad del Poder Ejecutivo de permitir la exportación de hidrocarburos o derivados *“no requeridos para la adecuada satisfacción de las necesidades internas”*.

A su vez, la Ley N° 24.076 dispone, en su artículo 3, que *“las exportaciones de gas natural deberán, en cada caso, ser autorizadas por el Poder Ejecutivo Nacional, dentro del plazo de noventa (90) días de recibida la solicitud, en la medida que no se afecte el abastecimiento interno”*.

Como se advierte, ambas normas consagran inequívocamente la regla de que el gas natural disponible en el país debe destinarse prioritariamente a atender la demanda interna. Pero en ambos casos, también, se contempla la posibilidad de exportar el fluido, sujeto a la previa autorización del Poder Ejecutivo, la cual podrá disponerse sólo en la medida en que las ventas al exterior programadas no afecten el abastecimiento interno.

El marco legal así establecido abre, pues, dos posibles alternativas a la hora de interpretar cómo opera la primacía del mercado nacional instituida. La primera consiste en dar a dicho principio un carácter absoluto y permanente, de manera tal que, aun luego de otorgada la autorización de exportación por un período y por volúmenes determinados, el efectivo suministro fuera de las fronteras del gas abarcado se encuentre, en todo momento, sujeto a la condición de que ese mismo gas no resulte necesario para satisfacer los

¹⁰ Esta cuestión aparece insinuada en la nota al pie de página número 7 del interesante trabajo de Marcelo Brichetto, titulado “Efecto de la incertidumbre regulatoria sobre la industria del gas”, publicado en http://www.revistarap.com.ar/circularletter_11.htm.

requerimientos dentro del territorio nacional. Tal es, sin duda, la lectura del régimen que impera hoy en el ámbito oficial.

Una segunda interpretación sobre el alcance de la regla de la prioridad de la demanda interna del gas natural antes enunciada supone entender que, por aplicación de dicho principio, las autorizaciones de exportación del producto sólo podrán ser válidamente otorgadas en la medida en que la autoridad administrativa competente para ello constata, previamente, que las ventas al exterior comprendidas no afectarán la adecuada atención de la demanda nacional de gas. Bajo este esquema, la exigencia emanada del principio en análisis (esto es, la supeditación de la autorización de exportaciones a la verificación de que ellas no comprometen las reservas de gas necesarias para los consumidores nacionales) condiciona, únicamente, la validez del acto de autorización de dichas exportaciones, pero una vez otorgado (válidamente) este último, los volúmenes comprendidos podrán exportarse en firme, sin riesgo de que, durante el período por el cual se concedió la autorización, la autoridad autorizante (u otra) pueda hacer valer la prioridad del mercado interno. Este último es, a mi juicio, el sistema adoptado por nuestro ordenamiento, y así me propongo demostrarlo en los párrafos que siguen.

La diferencia entre uno y otro esquema es, por cierto, considerable. Mientras bajo el primero, el derecho que surge del acto de autorización de las exportaciones deberá calificarse como precario (esto es, sujeto a revocación, sin que su titular pueda aspirar a ser indemnizado por los perjuicios que tal revocación le ocasione), la segunda modalidad de interpretación del principio de la primacía del mercado nacional conduce, por el contrario, a sostener que la concesión de la autorización para exportar conlleva el nacimiento de un título perfecto en cabeza del productor beneficiario, quien a partir de ese momento sabrá positivamente que las operaciones de exportación que se comprometió a realizar frente a sus compradores externos cuentan con un marco jurídico singular firme.

Me apresuro a señalar, sin embargo, que esta última interpretación de las condiciones bajo las cuales se conceden las autorizaciones de exportación de

gas natural en nuestro sistema jurídico en modo alguno importa afirmar que ellas no puedan, una vez otorgadas, sufrir futuras alteraciones exigidas por razones de interés general. Es sabido que la estabilidad del acto administrativo (y la autorización en cuestión es, precisamente, un acto administrativo) resulta, en nuestro ordenamiento, un principio relativo, no absoluto, de manera tal que dichos actos siempre estarán sujetos a la potestad revocatoria que la autoridad administrativa competente pueda ejercitar, cuando existan razones de oportunidad, mérito o conveniencia que así lo reclamen. La condición para que ello resulte válido está dada, sin embargo, por el respeto de los derechos adquiridos por los particulares, escollo que se supera indemnizando a estos últimos los perjuicios que la revocación referida les cause¹¹.

En otras palabras, nadie pretende afirmar que la autorización de exportación no pueda ser dejada sin efecto si, tras su otorgamiento, se presentan razones de interés público (como puede ser el caso de un incremento de la demanda nacional de gas sobreviniente, no prevista al tiempo de concederse la autorización) que hagan necesario suspender o interrumpir los envíos de gas comprometidos con el exterior. El único aspecto sobre el que aquí se debate consiste en determinar si una medida de ese género deberá ir acompañada por la pertinente indemnización a favor del exportador afectado.

No ha de pasar por alto, en este sentido, que los costos de las soluciones implementadas por la autoridad administrativa han recaído, preponderantemente, sobre los productores de gas titulares de autorizaciones de exportación, quienes se han visto compelidos a tener que inyectar al mercado interno importantes volúmenes de dicho hidrocarburo, vendiéndolos a un precio muy inferior al que tenían acordado con sus respectivos compradores externos¹², y con el riesgo cierto de que éstos

¹¹ Conf. los artículos 17 y 18 de la Ley 19.549.

¹² Cabe recordar, a este respecto, que para aquellos productores que no habían mantenido el nivel de ventas al mercado interno *“asumido al momento de tramitar la respectiva autorización de exportación”* (concepto, éste, francamente discutible, ya que tales autorizaciones no contenían verdaderos compromisos en materia de ventas al mercado nacional), la Disposición SSC N° 27/04 valorizaba el gas natural a ser compulsivamente

pretendan hacerlos responsables por los perjuicios derivados del incumplimiento de sus compromisos, pese a la situación de fuerza mayor que aquellos pudieran válidamente invocar. Los perjuicios antedichos, al igual que cualquier otra lesión patrimonial que pudiera sufrir el exportador con motivo del sistema instaurado, merecen, pues, una adecuada compensación por parte del Estado autor del régimen.

4. Régimen reglamentario de las autorizaciones de exportación de gas: más argumentos en favor del carácter perfecto del título

Planteado, pues, en sus justos términos el alcance de la controversia, paso en lo que queda a examinar la normativa reglamentaria del marco legal arriba recordado, con el propósito de evaluar cuál de las dos posturas expuestas ha sido plasmada en su articulado.

Al dictar el Decreto N° 1738/92, reglamentario de la Ley 24.076, el Poder Ejecutivo delegó a la Secretaría de Energía de la Nación la facultad de conceder las autorizaciones de exportación de gas, así como la de dictar el régimen reglamentario bajo el cual se otorgarían tales autorizaciones¹³.

En ejercicio de dicho poder reglamentario, la Secretaría de Energía dictó la Resolución SE N° 299/98, la que luego fue modificada parcialmente por Resolución SE N° 131/01¹⁴, hoy suspendida por la Resolución SE N° 265/04.

inyectado al mercado interno al precio promedio de cuenca para dicho mercado publicado por el ENARGAS (ver punto 8.1 del Anexo a la disposición citada).

La Resolución SE N° 659/04, por su parte, fijó como precio al que serían adquiridos los volúmenes de inyección adicional de gas natural realizados en el marco de dicha resolución, el "Valor de Referencia a Julio de 2005" previsto en el Anexo I del "Acuerdo para la Implementación del Esquema de Normalización de los Precios del Gas Natural en Punto de Ingreso al Sistema de Transporte, Dispuesto por el Decreto 181/2004", homologado por Resolución del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios N° 208, de fecha 21 de abril de 2004.

Bajo ambos regímenes, el precio normativamente previsto resultaba francamente inferior al precio de exportación vigente.

¹³ Conf. el artículo 3, inciso 1), del Decreto 1738/92.

¹⁴ Téngase particularmente en cuenta a los fines del análisis que sigue, que la Resolución SE N° 131/01 no vino a sustituir sino a complementar a la Resolución SE N° 299/98, la cual se mantiene vigente. Aquélla aportó, en efecto, un procedimiento más ágil de aprobación de las autorizaciones de exportación de gas (en rigor, un régimen de aprobación automática) para los casos en que concurrían las circunstancias previstas en el artículo 1° de su texto. De hecho, los considerandos de la Resolución SE N° 131/01 se cuidan de dejar en claro que "el

Es importante destacar que, con diferencia de matices, en las dos primeras resoluciones se dispone que la Secretaría tiene a su cargo ponderar, antes de otorgar la autorización que se le solicita, cómo habrán de impactar en el mercado interno las exportaciones involucradas, y en particular si ellas pueden llegar a afectar las necesidades de abastecimiento de gas dentro del país.

En orden a permitir y facilitar a la Secretaría de Energía el análisis antedicho, el régimen reglamentario diseñado impone al solicitante de la autorización de exportación el deber de proporcionar a la autoridad administrativa una vasta información sobre las reservas y sobre los contratos de venta y de transporte de gas que lo vinculen (tanto orientados al mercado interno como al externo), a la luz de la cual esta última evaluará si las exportaciones proyectadas pueden o no afectar el mercado interno¹⁵.

régimen que se establece no deroga la Resolución de la ex SECRETARÍA DE ENERGÍA entonces dependiente del ex MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS N° 299 de fecha 14 de julio de 1998, dado que el procedimiento que se aprueba sólo sustituye la aplicación de los Capítulos I y II de la mencionada resolución, en el supuesto que se verifiquen las condiciones de borde establecidas en la presente resolución”, aclaración que se verá luego reflejada en el artículo 6, donde se prevé que “si al momento de la presentación de una solicitud de exportación de gas natural no se cumplieran las condiciones previstas en los incisos a) y b) del Artículo 1° de la presente Resolución, será aplicable el procedimiento previsto en los Capítulos I y II de la Resolución de la ex SECRETARÍA DE ENERGÍA entonces dependiente del ex MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS N° 299...”.

¹⁵ Así, por ejemplo, el artículo 2°, inciso a), de la Resolución SE N° 299/98 establece que “...todos los interesados en realizar operaciones de exportación de gas (empresas exportadoras), deberán suministrar toda la información necesaria, teniendo la misma carácter público en los términos previstos en esta Resolución; de forma tal que todos los posibles demandantes de gas natural en el mercado interno, los interesados en realizar inversiones en transporte y distribución, y la administración competente, puedan conocer de manera adecuada y veraz todos los aspectos relevantes de las transacciones previstas en esta resolución, garantizándose a los mismos un acceso amplio a la información vinculada a proyectos de exportación, en materia de reservas, autorizaciones de exportación, principales aspectos de los compromisos contractuales, capacidad de producción, procesamiento y separación de gases, almacenajes y transporte”. Tal previsión se complementa con lo dispuesto en el inciso c) del mismo precepto, según el cual la Secretaría de Energía “deberá tener en cuenta en sus decisiones sobre autorizaciones de exportación de gas, aquellos impactos sobre el mercado interno (oferta, demanda, transporte, etc.) que por su naturaleza no puedan ser adecuadamente considerados por el mercado”.

A su vez, el Anexo I de la referida resolución establece que “todo solicitante de una autorización de exportación de gas estará obligado a proveer a la SECRETARÍA DE ENERGÍA la información que se menciona en el presente ANEXO, y toda otra información adicional que a juicio de la SECRETARÍA DE ENERGÍA sea relevante a los fines de determinar el impacto de la exportación en el mercado interno”. Entre los datos que debe aportar quien presenta el proyecto de exportación de gas figuran el sumario de las cantidades de gas que dispone bajo contratos o de su propiedad, incluyendo reservas y fechas de terminación de tales contratos; una estimación de las reservas de gas de cada yacimiento, área o cuenca que contribuyen a la

Resulta particularmente ilustrativo, en tal sentido, el artículo 6° de la Resolución SE N° 299/98, según el cual la Secretaría de Energía *“considerará a los fines de la aprobación de autorizaciones de exportación de corto y largo plazo, toda la información disponible, ya sea de elaboración oficial, o que las partes interesadas consideren pertinente proveer: 1) en materia de oferta y demanda local, 2) capacidad de producción y transporte de las cuencas afectadas por la solicitud de exportación en relación a los requerimientos internos sobre esos mismos sistemas, 3) costos del transporte de gas a los mercados de destino, y su impacto en los precios boca de pozo pactados, 4) los estudios y evaluaciones del comprador respecto del impacto de la exportación en el mercado interno en el mediano y largo plazo”*¹⁶.

No se advierte, pues, qué utilidad pueda tener tanto esmero por munir a la autoridad de aplicación de un panorama completo del impacto sobre el mercado interno presente y futuro de las exportaciones proyectadas si, en definitiva, tales exportaciones pudieran ser interrumpidas por decisión de la misma Administración cuando se verificase, a lo largo del plazo por el cual la autorización de exportación ha sido otorgada, una necesidad interna no satisfecha.

El estudio y evaluación previos al otorgamiento de la autorización resulta ser, entonces, la forma precisa escogida por la autoridad reglamentaria para garantizar la satisfacción de la condición impuesta por el legislador a las exportaciones de gas natural. En otras palabras, es en esa instancia previa

oferta de gas del solicitante, bajo contratos o de su propiedad, acompañada de la información que sustenta dicha estimación de reservas; un detalle y copia de la documentación vinculada con los contratos de venta de gas en los mercados interno y externo por él celebrados (ver puntos 3 y 4 del Anexo I).

El deber de información configura, pues, una de las obligaciones básicas del postulante a obtener una autorización de exportación y uno de los ejes centrales del sistema, tal como se desprende de la lectura de la resolución reglamentaria citada (ver, en particular, sus artículos 3, 5, 6, 8, 9, 10, 11, y su Anexo I). Ello hasta el punto que los incumplimientos verificados a ese respecto merecen la sanción de caducidad de la autorización (conf. los artículos 8 y 9).

¹⁶ Vale la pena recordar que, como se indica más arriba en la nota al pie de página 14, la disposición reglamentaria transcrita no se encuentra alcanzada por la posterior Resolución SE N° 131/01, que modificó parcialmente el régimen.

donde la Administración debe asegurarse de que las exportaciones de gas natural que se dispone a autorizar no afectan al mercado interno.

La Resolución SE N° 299/98 aporta, todavía, un dato adicional que me parece concluyente para nuestro análisis. El artículo 12 de dicho reglamento dispone que, aun frente a cambios en el régimen de otorgamiento de autorizaciones de exportación de gas basados en la modificación sustancial de las variables que determinan dicho procedimiento (entre ellas, *“la evolución de las reservas de gas natural en relación al consumo interno y las ventas externas”, “la posibilidad del agotamiento del recurso a nivel regional o global”*), *“no quedará afectada la continuidad jurídica de los permisos de exportación otorgados hasta dicha fecha”*. El texto es por demás elocuente sobre la estabilidad de dichos *“permisos”* y sobre la firmeza con que se otorgan.

5. Abastecimiento de la demanda interna: ¿condición suspensiva o resolutoria?

A la luz de lo anterior, me parece válido sostener que la primacía al demandante nacional de gas reconocida inequívocamente por el ordenamiento en su conjunto se traduce, en definitiva, en la sujeción de toda autorización de exportación de gas a la condición suspensiva consistente en la previa comprobación, por parte de la autoridad administrativa, de que las ventas al exterior cuya autorización se solicita no comprometerán las necesidades de gas del mercado interno. Verificada dicha exigencia, el derecho nacerá perfecto y definitivo.

La lectura inversa, que brindara al privilegio que sientan las normas en favor del consumidor nacional un carácter permanente, haciéndolo jugar a lo largo de toda la vida de la autorización de exportación otorgada, supondría dar a dicha primacía el carácter de condición resolutoria, susceptible de extinguir en cualquier momento los derechos emergentes de la autorización de exportación ya concedida, interpretación ésta que no parece conciliarse con las características de la normativa examinada.

Las normas vigentes en el plano del derecho internacional, en particular las insertas en el Protocolo Sustitutivo del Protocolo N° 2 del Acuerdo de Complementación Económica entre Argentina y Chile suscripto en el año 1995, refuerzan la conclusión expuesta. En el instrumento indicado, ambos países se comprometen a no poner restricciones a las exportaciones recíprocas de gas natural *“sobre la base de sus reservas y sus disponibilidades, debidamente certificadas, que a tal fin comprometan los exportadores e importadores”*, previendo al efecto que las autoridades competentes otorgarán los respectivos permisos de exportación *“en la medida que no se comprometa el abastecimiento interno **al momento del otorgamiento**”*¹⁷.

6. Exportaciones autorizadas versus excedentes de exportación

La naturaleza de los derechos nacidos de las autorizaciones de exportación de gas otorgadas, en la forma examinada, como derechos perfectos, se torna aún más patente cuando se compara su régimen con el previsto para los excedentes de exportación de gas. El citado Decreto 1738/92, en la versión reformada por Decreto 951/95, dispone que *“las autorizaciones de exportación que se emitan podrán prever la exportación de excedentes de gas a las cantidades establecidas en las mismas, siempre que estén sujetos a interrupción cuando existan problemas de abastecimiento interno según determinación de la Secretaría...”*¹⁸.

El hecho de que se aclare expresamente que la exportación de los excedentes de gas está sujeta a interrupción cuando surjan problemas de abastecimiento interno, supone, a contrario sensu, que las exportaciones autorizadas no lo están, lo cual se compadece con la lectura del régimen que

¹⁷ Conf. el artículo 2 del Protocolo citado. El énfasis me pertenece.

¹⁸ Conf. el artículo 3, apartado 5), del Decreto 1738/92.

Según ya se indicó al comienzo, también en nota al pie, los excedentes de exportación de gas natural consisten en los volúmenes exportados, en virtud de pedidos expresos y puntuales del adquirente externo, por encima de la cantidad de metros cúbicos diarios comprendidos en la autorización de exportación otorgada.

venimos haciendo. Se colige así que, mientras la posibilidad de exportar excedentes comporta un título manifiestamente precario, la facultad de exportar los volúmenes autorizados, no sujeta en el reglamento a iguales condicionamientos extintivos, configura, por fuerza, para su titular un título perfecto. La diferencia de enfoque jurídico entre uno y otro caso es tan notoria que me exime de mayores comentarios sobre el punto.

De cara al régimen descripto, por tanto, no cabe duda de que el acto de otorgamiento de la autorización para exportar gas confiere a su titular un derecho subjetivo que queda incorporado al patrimonio de la firma exportadora (artículo 17 de la Constitución Nacional)¹⁹. Esta conclusión se compadece, por otra parte, con la índole de la actividad, cuyo desenvolvimiento requiere de grandes inversiones (entre otras, las necesarias para la construcción de las infraestructuras indispensables para transportar el gas al exterior), las cuales no podrían afrontarse (ya que no se obtendría la financiación para ello) sin un razonable grado de seguridad jurídica y estabilidad de las relaciones comerciales trabadas. Tal seguridad, por cierto, no la ofrecen los permisos precarios, pasibles de ser revocados en cualquier momento por la autoridad que los otorga.

7. Derechos adquiridos y la situación de emergencia

No se me escapa que el origen de las modificaciones normativas que arrancan con la Resolución SE N° 265/04 se sitúa, según se invoca en los considerandos de dicha resolución, en la emergencia económica y social que

¹⁹ Vale la pena traer a colación la conocida doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto al alcance con que ha de interpretarse el derecho de propiedad amparado por la Constitución Nacional. Sostiene, en efecto, la Corte que *"el término propiedad, cuando se emplea en los arts. 14 y 17 de la Constitución o en otras disposiciones de ese estatuto comprende, como lo ha dicho esta Corte, todos los intereses apreciable que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad". "El principio de inviolabilidad de la propiedad, asegurada en términos amplios por el artículo 17, protege con igual fuerza y eficacia tanto los derechos emergentes de los contratos como los constituidos por el dominio y sus desmembraciones"* (Fallos 145:307, caso "Bourdie, Pedro Emilio c/ Municipalidad de la Capital").

atraviesa el país. Cabría, entonces, pensar que es ese contexto el que confiere validez a las restricciones impuestas a los exportadores de gas.

Como se sabe, las matizaciones sobre el alcance de los derechos y garantías constitucionales con motivo de las situaciones de emergencia no son una novedad en la Argentina. Desde las primeras décadas del siglo pasado, la jurisprudencia de la Corte Suprema viene convalidando, bajo determinadas condiciones, la constitucionalidad del ejercicio de facultades extraordinarias por parte del legislador en tiempos de emergencia, con la consiguiente flexibilización de los derechos individuales involucrados²⁰.

Esto no quiere decir, sin embargo, que la mera invocación de la emergencia sea suficiente para justificar cualquier manifestación de la potestad legisferante (y mucho menos, cualquier normativa de rango infralegal) lesiva de derechos adquiridos. Por el contrario, la Corte ha ido acuñando una serie de recaudos que configuran los presupuestos que deben estar presentes para poder afirmar la legitimidad de los sacrificios operados como fruto de la actuación legislativa en la emergencia. De no verificarse tales extremos, la merma ocasionada en el ámbito de los derechos individuales habrá rebasado los límites constitucionalmente aceptables, aun cuando existiera el estado de emergencia invocado.

La limitación aludida ha sido reiteradamente recordada por la Corte, que de manera constante se ha ocupado de advertir que, si bien las normas dictadas en virtud de la emergencia pueden eventualmente redundar en una postergación temporaria del ejercicio de los derechos individuales, en ningún caso podrá el legislador alterar la sustancia de tales derechos²¹.

La sistematización del tema que ofrece el más alto tribunal en la sentencia recaída el 27 de diciembre de 1990 en "Peralta c/ Estado Nacional"²², brinda parámetros precisos a los cuales habrá que atenerse a la hora de juzgar si

²⁰ Conf. la sentencia del caso "Ercolano c/ Lanteri", del año 1922, en Fallos 136:161.

²¹ *Vid.* Fallos 243:467; 313:1513; 313:1638; 317:1462; 318:1887; 319:1537; y 323:1566.

²² Fallos 313:1513; *vid.*, en particular, los considerandos 36 y ss..

los poderes de emergencia desplegados se sitúan dentro de los límites impuestos por el ordenamiento constitucional. Entre ellos rescato los siguientes:

(i) la situación de emergencia debe haber sido declarada por el Poder Legislativo;

(ii) la suspensión del goce de los derechos dispuesta debe tener alcance temporal, es decir, estar limitada en el tiempo;

(iii) el sacrificio impuesto a los particulares en aras a la preservación del interés general comprometido por la crisis debe ser razonable, es decir, justificado y adecuado a las circunstancias.

En el caso que nos ocupa, es indudable que no todos los requisitos recordados se satisfacen. En particular, resulta ostensible que no ha mediado la intervención legislativa requerida²³, a lo cual podría añadirse que los sacrificios impuestos a un sector de la industria gasífera (el productor exportador) no superan el test de razonabilidad.

Esto pone de manifiesto, en suma, que la conculcación del derecho de propiedad derivada de la normativa estudiada no puede justificarse en base a la referida doctrina de la emergencia.

En un caso más cercano en el tiempo, la misma Corte Suprema de la Nación tuvo ocasión de ratificar su doctrina de la emergencia en los aspectos más arriba sintetizados²⁴. En esa oportunidad, sin embargo, el alto tribunal puso particular énfasis en la razonabilidad (como adecuada proporcionalidad entre medios y fines) con que debe ejercerse la facultad normativa tendiente a

²³ No cabe, a estos efectos, invocar la Ley 25.561, en tanto la situación de emergencia que declara atiende a una circunstancia claramente ajena la cuestión aquí examinada, circunscripta a la crisis energética desatada más de dos años más tarde.

²⁴ Cfr. "Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en autos Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarísimo", sentencia del 1 de febrero de 2002, Fallos 325:28.

conjurar la crisis enfrentada, lo cual la llevó a resolver el caso en sentido contrario a lo decidido en "Peralta".

Son especialmente valiosas para el caso en análisis las reflexiones vertidas en los considerandos 12 a 14 del fallo de la aludida causa "Smith". Allí dice la Corte, con cita de sus propios precedentes, que *"la facultad del Estado de imponer límites al nacimiento o extinción de los derechos, no lo autoriza a prescindir por completo de las relaciones jurídicas concertadas bajo el amparo de la legislación anterior, especialmente, cuando las nuevas normas causan perjuicios patrimoniales que no encuentran un justo paliativo"*, y que *"ni el legislador ni el juez podrían, en virtud de una ley nueva o de su interpretación, arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior ya que, en ese caso, el principio de no retroactividad deja de ser una norma infraconstitucional para confundirse con la garantía de la inviolabilidad de la propiedad reconocida por la Ley Suprema"*.

8. Reflexión final

En la Argentina ya nos resulta habitual tener que afrontar escenarios de crisis cuya superación requiere de soluciones traumáticas. No es, en este sentido, exagerada la alusión a la "emergencia permanente" con que se ha hecho referencia a la situación imperante en las últimas décadas.

Este estado de cosas ha ido anesthesiando la conciencia nacional, a punto tal que muchas veces el desconocimiento más flagrante de los derechos fundamentales no se percibe como tal. Y lo verdaderamente grave es que ello no sólo le sucede al observador medio, sino incluso a los miembros de los más altos tribunales de la Nación.

Esta inercia, que nos lleva a tolerar y justificar cualquier comportamiento público en función de las circunstancias extremas en que se inserta, atiende, únicamente, a una lógica del "aquí y ahora", pero no repara en que bajo esa filosofía se está hipotecando toda posibilidad de construir un país viable en el

largo plazo. La absoluta ausencia de seguridad jurídica que así se engendra sólo promueve la desconfianza, generando un clima nada propicio para atraer las inversiones de que tanto precisa el país para reencauzarse en el camino del progreso por el que alguna vez supo transitar.