

Competencias de la Nación y las provincias en la explotación de hidrocarburos en la Argentina

*Enrique Hidalgo**

La intención de este trabajo es buscar referencias históricas y realizar algunas reflexiones sobre ciertas cuestiones relativas a la regulación constitucional y legal de los hidrocarburos.

Dentro de la amplia gama de aspectos que el tema ofrece, se han seleccionado:

a) El debate histórico hasta 1994 respecto de si el “*dominio*” o, mejor, la potestad regulatoria sobre los yacimientos petroleros correspondía a la Nación o a las provincias, y, posteriormente a 1994, cómo ha quedado el reparto de competencias;

b) La constitución de un monopolio -de hecho o de derecho- a favor del Estado para exploración, explotación, transporte y comercialización de hidrocarburos; y,

c) Cuando la explotación es realizada por un privado, cuál es la relación jurídica del concesionario con el hidrocarburo extraído, es decir, si tiene la propiedad y libre disponibilidad del hidrocarburo o está sujeto al destino que el Estado le dé, de suyo respetando la remuneración por la inversión y valor de las tareas que desarrolla.

Luego, se realiza una breve referencia a la competencia judicial y algunas perspectivas que se abren ante la situación provocada por la reforma constitucional de 1994 y las normas posteriormente sancionadas.

* Abogado y asesor de recursos naturales en la Cámara de Diputados de la Nación.

Antecedentes históricos y situación jurídica a 2007

Es útil realizar una reseña de las normas que regularon el dominio de los hidrocarburos.

Hasta mediados del siglo XX los hidrocarburos fueron regulados por el Código de Minería. Es decir, el Congreso de la Nación establecía las normas generales, el Poder Ejecutivo dictaba la reglamentación correspondiente y, por fin, las autoridades provinciales las aplicaban.

Es decir, se trataba de las reglas que el Congreso establece de acuerdo con lo prescripto por la **“cláusula de los códigos”** (actualmente art. 75, inc. 12, antes art. 67, inc. 11) que, como reza la Constitución, no altera *“las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales,*

según las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones”.¹

La Colonia y el siglo XIX

Las Ordenanzas de Toledo, dictadas en el siglo XVI por el virrey del Perú Francisco de Toledo establecían la plena propiedad de la corona sobre los minerales. El principio regalista fue mantenido cuando por Real Cédula de 1783 se extendió al Virreinato del Río de la Plata la aplicación de las Ordenanzas de Nueva España (México) sancionadas por Carlos III.²

La Asamblea de 1813 no modificó el sistema si bien dictó el llamado **“Reglamento de Mayo”**, destinado a fomentar la minería.

A su vez, la Constitución de 1853 sólo previó que el Congreso dictara el código de minería, pero

¹ Sin embargo, en algún caso ante la intervención de una provincia, la Corte se atribuyó jurisdicción originaria cuando, de acuerdo con la cláusula de los códigos, hubiera correspondido la intervención de la justicia local y, en su caso, la actuación de la Corte federal por la vía del art. 14 de la ley 48 (ver “Sociedades Anónimas Compañía de Petróleo La República; Limitada; Compañía Nacional de Petróleos, Limitada, y Standard Oil Co., Sociedad Anónima Argentina c. Provincia de Salta” (Fallos 164:140): se trata de un interesante caso donde la provincia de Salta, mediante un decreto del gobernador, pretendió recuperar yacimientos entregados por un interventor federal a las empresas accionantes; el argumento de la provincia era la ilegitimidad de la concesión, y la Corte no juzga ese hecho, sino que considera que el decreto es inconstitucional porque una vez efectuada la concesión minera, el eventual pleito debió ser planteado ante la Justicia, de modo que hace lugar a la demanda de las petroleras por una cuestión de las formas empleadas por el gobierno de Salta, pero sin ingresar en los motivos sustanciales invocados por la provincia. La jurisdicción de la Corte es invocada porque las accionantes fundan su derecho sobre la violación de las garantías federales de propiedad y debido proceso, pero a mi juicio la cuestión remitía a instituciones locales.

² Las fuentes fueron consultadas en un trabajo de la Dirección de Información Parlamentaria de la Cámara de Diputados de la Nación.

que su aplicación correspondería a las jurisdicciones locales. El 9 de diciembre de 1853 el mismo cuerpo que acababa de sancionar la Constitución dictó el llamado **Estatuto de Hacienda y Crédito**, redactado por Mariano Fraguero, que en su capítulo X: a) estableció la aplicación de las ordenanzas de Nueva España ya citadas que reconoce la propiedad de las minas en el titular de la soberanía, b) dispuso que la propiedad "**subterránea de minas**" era "**pública y nacional**"; y c) ordenó un registro de minas en cabeza del Estado Nacional.³

El Congreso, al sancionar el Código Civil, mantuvo el criterio regalista en su art. 2342 inc. 2, pero estableciendo que pertenecerían al dominio privado de la Nación o de las provincias según su ubicación. Mediante la ley 726 de 1875, que encomendaba al Poder Ejecutivo revisar el proyecto de **Domingo de Oro** de 1862 que no había sido tratado por el Congreso, mantenía el criterio del Código Civil.

La controversia respecto de la propiedad nacional o provincial ya se advertía en las normas reseñadas y, llegado un caso ante la Corte Suprema en 1884 (Fallos, 27:16), el tribunal, sin referir al Código Civil, descalificó una ley

provincial de San Juan que contradecía la ley nacional de 1857 que, como vimos, adoptó como código de minería las ordenanzas de México (Nueva España).⁴

El criterio del Código Civil fue mantenido en el Código de Minería (ley 1919 de 1886), que en su art. 7° prescribe que las minas son del dominio privado de la Nación o las provincias.

Ese Código de Minería tuvo origen en el proyecto encargado al sanjuanino Domingo de Oro, que lo presentó en 1863 pero no fue tratado, por la desconfianza de las provincias respecto del gobierno federal.

El espíritu privatista y liberal del código es notable. El art. 8° concede a los particulares el derecho de buscar, explotar y disponer de ellas "**como dueños**". A su vez, prohíbe al Estado explotar o disponer de las minas en el art. 9°, salvo los casos especialmente previstos. Por cierto, cabe advertir que estas normas están aún vigentes.

El siglo XX, primeros 50 años: la dirección de YPF y el monopolio estatal

En 1902 se sanciona la ley 4167, que si bien establecía un régimen para las tierras fiscales en general

³ Oyhanarte, Julio, "Régimen constitucional de las fuentes minerales de energía" en La Ley, T. 88, Sección Doctrina, p. 863.

⁴ Autos "Ruisuarez, Luisa y Juana". Se trataba del embargo de una mina efectuado con arreglo a una ley de San Juan. El ejecutado alegó que las minas no eran embargables por la ley nacional de 17 de diciembre de 1857, que adoptó como código de minería, las ordenanzas de México, que prohíben su embargo.

en el art. 15 prohibía la enajenación de tierras con ciertos minerales, entre ellos **el petróleo**, autorizando al Poder Ejecutivo a prohibir la denuncia de minas en los territorios que explorara.⁵ En términos simples la norma implicaba la excepción de ciertos aspectos del Código de Minería.⁶

Luego, es de interés reseñar la sanción de la Ley 7059 en 1910, tal vez la primera ley específicamente **petrolera**, pues por medio de ella se autorizó al Poder Ejecutivo a reservar una zona de 5.000 hectáreas en la zona petrolífera de Comodoro Rivadavia a fin de que fueran concedidas para su explotación por medio de licitación pública.⁷ También se autorizaba la explotación por la administración, destinando sus productos, principalmente, al ferrocarril y la armada.

La ley tuvo origen en un proyecto del presidente Figueroa Alcorta ante el descubrimiento de petróleo en Comodoro Rivadavia en 1907, con la intención de realizar la explotación en forma directa o

por medio de contratos con compañías privadas. El senador Villanueva advirtió que no existía interés en establecer un monopolio fiscal, sino reservar la franja descubierta, pero J. V. González sostuvo que el Estado no debía, por principio, realizar explotaciones aleatorias (de riesgo) como la minería y llamó la atención sobre la modificación del criterio del código de minas, a la vez que se pronunció contra el monopolio público, pero mucho más aún contra una concesión directa a manos privadas y en monopolio. Por ello se llamó a la sala al ministro de Agricultura, quien aclaró que se reservaría para el Estado solo una porción y el resto se sacaría a licitación. Para González, la ley implicaba la suspensión del Código de Minería, y, de tal modo, la restricción de los derechos a los particulares. Señaló que también constituía el establecimiento de un monopolio en beneficio del Estado -aun cuando la ley no lo estableciera expresamente- con la correlativa restricción a los particulares que quedaban ajenos a

⁵ La Corte Suprema, oportunamente, rechazó el planteo de inconstitucionalidad contra este decreto en autos "Diadema Argentina (S.A.) c/ Gobierno Nacional", del 7 de agosto de 1936.

⁶ Federico Bernal afirma que fue Enrique Hermitte en 1905 el que propuso las primeras reformas al Código de Minería. Ver "Neoliberalismo y provincialización", en "Le Monde Diplomatique", Buenos Aires, julio de 2007, p. 4. A su vez Diego Mansilla afirma que un proyecto de ley presentado en 1908 por el oficialismo para dar fondos a la División de Minas para importar equipos de prospección no fue aprobada por la oposición suscitada: ver *Hidrocarburos y política energética*, Ediciones CCC, Buenos Aires, 2007 p. 21 y nota 6 donde cita como fuente a Kaplan, M. "La primera fase de la política petrolera argentina (1907-1916)" en *Desarrollo Económico*, XIII, N° 52, 1974.

⁷ Según Mansilla el proyecto requería la reserva por el doble de extensión que el sancionado: *Hidrocarburos y política energética* cit p. 21.

los derechos que, precisamente, el Código les confería.⁸

González fue un acérrimo defensor del esquema liberal y privatista de la explotación de los recursos naturales, contrario a que el Estado interviniera, lo que se expresa no sólo en sus intervenciones parlamentarias, sino también en sus obras y actividad profesional.⁹

En 1915 este plazo fue prorrogado por cinco años por medio de la ley 9.664.

En diciembre de 1910 Roque Saénz Peña crea por decreto la Dirección General de Explotación del Petróleo de Comodoro Rivadavia para explotar la zona de reserva. En 1922, bajo la dirección de Mosconi, se crea la dirección de Yacimientos Petrolíferos Fiscales, durante la presidencia de Alvear, que según algunos autores **constituyó la primera petrolera estatal del mundo**. La idea era controlar la producción de combustibles para la industria y el ejército. En 1923 se produce nafta para avión de la fuerza aérea y en 1925 YPF inaugura una destilería.¹⁰

Es importante recordar que en esa época Chubut y Santa Cruz eran territorios nacionales y no provincias, pero creo relevante advertir en el curso del debate la clara conciencia de los legisladores respecto de que estaban apar-

tando al petróleo del régimen general de minas, a favor del Estado.

Esta política legislativa de efectuar reservas de exclusión de los derechos de particulares en la exploración y explotación de hidrocarburos fue ratificada en 1934 con su incorporación, precisamente, al Código de Minería.

En 1927 se discutieron dos proyectos de ley en la Cámara de Diputados. Uno referido al régimen legal del petróleo, el otro al régimen administrativo para su explotación. Molinari sostuvo que la Unión Cívica Radical sustentaría la nacionalización de las minas de petróleo y su explotación por el Estado nacional, por sí, en forma directa y exclusiva, considerando a los hidrocarburos bienes privados de la Nación. Comentó que en 1920 un agente británico ofreció a Yrigoyen capitales a cambio de participación en la renta petrolera, negándose el entonces presidente a aceptarlo, aun cuando los empresarios ingleses no pretendían dirigir la explotación, sino solo participar, afirmando Yrigoyen que la Argentina podía proveerse de capitales y tecnología sin necesidad de recurrir a ese auxilio. El debate fue extenso, plagado de cuestiones reglamentarias en torno a cuál de los despachos debía tratarse primero. Prácticamente todos estaban de acuer-

⁸ Cf. Diario de Sesiones del Senado, 1909 pp. 543 y ss., 569 y ss.

⁹ Ver González, Joaquín V., *Escritos y opiniones en derecho*, Tercera Parte, pp. 7 y ss.

¹⁰ Mansilla, *Hidrocarburos y política energética cit.* pp. 22-23.

do con que debían nacionalizarse las minas de petróleo, pero la discordancia se centraba sobre el proyecto que regulaba la administración del recurso que autorizaba la participación de empresas privadas de capital extranjero, lo que Molinari calificaba de “apariencia de nacionalización”. Por ello luego de la votación del primer despacho el bloque de la UCR se retiró del recinto.¹¹ Más tarde el proyecto que regulaba la administración fue extensamente debatido en Diputados. Ninguno fue transformado en ley por el Senado por la oposición provincial.

En 1930 se derroca a Yrigoyen. Según veremos se ha imputado a intereses de petroleras extranjeras haber instigado el golpe ante las intenciones del presidente radical de nacionalizar los hidrocarburos. Tres días después del golpe son detenidos Mosconi y Baldrich.¹²

En 1932 YPF empieza a producir Gas Licuado de Petróleo (GLP) para garrafas y se dicta la ley que regula la organización de la Dirección General de Yacimientos Petrolíferos Fiscales. Ella, a cargo de un directorio nombrado con acuerdo del Senado, continuaba la empresa petrolera argentina. El art. 1º prescribía que el estudio,

exploración, explotación de los yacimientos de hidrocarburos del Estado Nacional, como así también la industrialización de los productos y derivados, estaría bajo su responsabilidad.

A YPF se le atribuiría el monopolio al que ya se hacía alusión en el debate de la ley 7059. En efecto, en 1934 por decreto del 13 de junio se estableció una reserva a favor de YPF de ciertas áreas en todo el territorio nacional, que luego fue prorrogada por 10 años en 1935. Esa misma reserva fue nuevamente prorrogada por otros 10 años mediante el decreto 8358 en 1944. Las reservas se fijaban en los términos de los arts. 395 y 398 del Código de Minería conforme con la modificación de 1934. Estos artículos reconocían a la Nación y a las provincias el derecho a realizar reservas en amplias zonas geográficas, por diez años, que quedaban excluidas de su concesión a particulares. Expresamente se incluían como reservas de la Nación importantes zonas de Chubut y Neuquén. También se permitía a YPF operar en las provincias, pero no se nacionalizaba el recurso. Así Salta suscribió un contrato con Standard Oil en exclusividad. Las provincias mantenían la jurisdic-

¹¹ Cf. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, 1927, III, pp. 183 y ss. Durante el debate del proyecto que regulaba la administración, Raffo de la Reta informó que en Persia el gobierno británico participaba de la explotación participando con el 51% de las acciones de la Anglo Persian Oil Company Limited, pagando el 16% de regalías al gobierno local. A su vez que tanto Perú, Ecuador o Bolivia calificaban al petróleo como bien del dominio de la Nación.

¹² Mansilla, *Hidrocarburos y política energética* cit. p. 24.

ción por el Código de Minería y obtenían las regalías.

Para finalizar con esta etapa, hay que detenerse en la sanción en 1935 de la ley 12.161 que se incorpora al Código de Minería. Allí se ratifica el criterio del Código Civil respecto del dominio privado, de la nación o de las provincias, de los yacimientos de hidrocarburos. El Estado nacional o las provincias podían explotar esos recursos por sí o mediante empresas mixtas. En el primer supuesto, la Nación debía hacerlo por medio de YPF y las provincias por "*una repartición con personería jurídica creada al efecto*". Los particulares podían explotar yacimientos de acuerdo con la regulación del mismo Código para las sustancias de primera categoría.

Las sociedades mixtas eran reguladas en el mismo código exigiendo cierta integración de directores, incluyendo al presidente, nombrados por el Poder Ejecutivo correspondiente, con acuerdo del Senado o la legislatura.

Ese mismo Código autorizaba al Poder Ejecutivo a prohibir la importación o exportación de hidrocarburos líquidos, con noticia al Congreso.

Como se señaló, se estableció en los arts. 395 hasta 398 un sistema importante de reserva de zonas a favor de YPF.

Ahora bien, como vimos, aun ante esta redacción, ya existía desde principios del siglo XX una política (expresada en leyes o decretos) que reservaba las áreas para la Nación, excluyendo los derechos de los particulares consagrados en el código de minería, cuando eran estratégicas para el Estado. A su vez, esas áreas eran asignadas a la dirección de yacimientos petrolíferos fiscales, una "*repartición con personería jurídica*", con un directorio de alto rango político, pues se designaba con acuerdo del Senado.

Sin embargo, se admitía que YPF contratara con empresas privadas, fundamentalmente extranjeras. Como luego veremos, los convenios suscritos en 1936 por YPF con los grupos Standard Oil, Shell Mex y otras, ratificados por el presidente Agustín P. Justo, eran el modo de permitir el ingreso del capital extranjero, lo que era criticado por el radicalismo y los grupos nacionalistas.¹³

En 1940 puede leerse en los diarios de sesiones de la Cámara de Diputados un extenso debate sobre los resultados de esos convenios, a partir de un proyecto de interpelación de Julio V. González (bloque socialista), ante la finalización del plazo de los convenios, los que, afirmaba, se habían mantenido en secreto durante años. Sostenía que los acuerdos impli-

¹³ Ver el proyecto suscrito por Frondizi, Bertini, Lencinas, Liceaga, Bonazzola, Pomar Candioti, Rojas, Cufre y Maineri en Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de 1947, p. 671.

caban el reconocimiento de *trusts* internacionales con los que se establecía una distribución de áreas, propia del monopolio, del siguiente modo: una para Standard Oil, otra para Shell y la tercera para YPF. Ese oligopolio, en el cual YPF daba participación a las empresas privadas conformando una suerte de “*consorcio mixto*”, controlaba el negocio del petróleo perjudicando a los revendedores de naftas, cuyo margen se había reducido¹⁴. También cuestionaba el pago por YPF de patentes innecesarias o préstamos al Automóvil Club Argentino por cifras millonarias. El proyecto de González y su discurso puso acento en la importancia del hidrocarburo en la estrategia militar refiriendo, por ejemplo, que la guerra en Europa era por el petróleo y que ese había sido el motivo de la invasión de Rumania por Alemania. (Por cierto, en los años 30 sobrevolaba la guerra del Chaco entre Paraguay y Bolivia donde se atribuía a las empresas Standard Oil y Shell intereses encontrados a favor de cada uno de los países beligerantes).

Durante la interpelación, el ministro de Agricultura (Cosme Massini Ezcurra) defendió la historia de YPF y la tendencia a la

nacionalización de “*las fuentes de riqueza y la de los servicios de distribución de los recursos*”. Informó que a partir de 1935 las empresas privadas, entre ellas Standard Oil y Shell, comenzaron a importar excesivas cantidades de crudo y derivados para mediante el *dumping* perjudicar a YPF y ganar el mercado interno. Aparentemente el mercado interno era un negocio importante y resultaba necesario proteger la participación de YPF pues, decía el ministro, de otro modo sería inútil la nacionalización de las reservas. Para ello, dijo, se realizaron los acuerdos manteniendo en el ámbito de decisión del Poder Ejecutivo la importación y asegurando a YPF la colocación de toda su producción. Esta argumentación del ministro era controvertida por González quien afirmaba que los acuerdos implicaban la claudicación por el Estado nacional de las atribuciones que antes ejercía en forma directa y exclusiva por medio de YPF a favor de un conjunto de empresas sometiéndose, además, a un régimen de arbitraje privado en caso de conflicto. Esos acuerdos, según González, le impedían a YPF importar crudo sin consentimiento de las empresas¹⁵.

¹⁴ González también cuestionaba una suerte de tribunal arbitral al que debía someterse YPF en caso de desacuerdo, lo que a su juicio violaba el (entonces) art. 100 de la Constitución que daba competencia a la Justicia Nacional para entender en los asuntos en los que la Nación sea parte, lo que era rebatido por Fassi. El tema es ajeno a este trabajo pero no puedo dejar de recomendar los trabajos de José Nicolás Matienzo y, fundamentalmente, el excelente dictamen del doctor Freire Romero en el caso “Sargo”, fallado por la Corte Suprema en 1973.

¹⁵ Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, 1940, pp. 230 y ss. 654 y ss.

Luego, en un debate en 1942, González volvió a retomar las críticas y citó el caso de un director de YPF que justificaba no haber importado crudo de Bolivia por estar afectado por los acuerdos.¹⁶

En abril de 1944 el Poder Ejecutivo dictó el decreto 835817 mediante el cual se extendió por diez años la reserva establecida en 1934 a fin de que la dirección de YPF prosiguiera con la exploración y explotación oficial en todos los territorios nacionales, **suspendiendo el otorgamiento de permisos de exploración y concesiones de explotación de hidrocarburos.**

Previamente, en octubre de 1943, el decreto 12.648 suscrito por Ramírez había creado la Dirección Nacional de Energía, como entidad autárquica, con amplias facultades de regulación respecto de la producción, distribución y consumo de todo el combustible existente y la energía, cualquiera fuera su fuente u origen, debiendo asegurar las reservas necesarias para los fines de utilidad nacional. La dirección creada debía intensificar la búsqueda de yacimientos de hidrocarburos, así como la elaboración de derivados.

A dicha Dirección de Energía se le integró como ente **“autárquico dependiente”** la Dirección General de Yacimientos Petrolí-

feros Fiscales, mediante decreto 22.389 suscrito por Farrell y, entre otros, Perón¹⁷. Entre las amplias atribuciones asignadas se estableció que debía mantener una estadística de producción, importación, exportación y consumo, explorar, regular el mercado de producción, distribución y consumo de energía, y realizar las tareas de exploración y explotación de hidrocarburos, como así también las de industrialización y comercialización, por medio de las entidades autárquicas (YPF, entre otras). La Dirección debía funcionar con un directorio presidido por un oficial superior de las Fuerzas Armadas designado con acuerdo del Senado.

Se advierte entonces desde el descubrimiento del petróleo una decisión del Gobierno de la Nación de adoptar decisiones sobre los hidrocarburos, excluyéndolos del Código de Minas para reservarlos a las decisiones del Estado. A partir de los años '30, por medio de YPF, consagrando un monopolio fiscal. El modo que el Congreso encontró para excluir la aplicación del Código de Minería (en los términos de J. V. González: como catálogo de los derechos de los particulares) fue **establecer reservas**. Ahora bien, se mantenía el criterio de que los recursos hidrocarbúferos pertenecían a la Nación o a las provincias según su localiza-

¹⁶ Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, 1942, p. 139 y ss.

¹⁷ Suscrito por Farrell, Mason, Perlinguer, Perón, Teissaire, Silgueira, Pistarini y Ameghino.

ción, pero con el dato, no menor, de que los mejores yacimientos descubiertos se encontraban en territorios nacionales. Sin embargo, por las referencias de Sampay en la Convención de 1949 respecto de que tras la caída de Yrigoyen pudo existir la intención de evitar la nacionalización que el entonces presidente aspiraba, sería de interés conocer la relevancia de los yacimientos existentes en territorios no nacionales, es decir, en las provincias (seguramente Salta y Mendoza), pero es un tema que no corresponde abordar en esta nota.

Por último, es de interés advertir que hubo algunos intentos de regular la materia que no se cristalizaron. Entre ellos podemos recordar:

(i) En 1917 el proyecto de Merlo y Rodolfo Moreno (h) que declaraba a la minas de petróleo, hierro y hulla bienes privados del Estado nacional (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, 1917, p. 45);

(ii) En 1927 el proyecto de Diego Luís Molinari y otros de similar intención al anterior, pero que, además, establecía que la explotación debía ser realizada por el Estado nacional y se declaraba la **“utilidad pública”** sobre los yacimientos, debiendo procederse a la expropiación de los que hubieran sido concedidos previamente a privados o a provincias. Este proyecto pretendía reemplazar el

art. 1º del proyecto de ley que se debatía (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, 1927, pp. 405 y ss.).

(iii) También de 1927 es un proyecto de Nicolás Repetto que del mismo modo proponía declarar nacionales los yacimientos y solo explotables con autorización de la Nación.¹⁸

(iv) En 1932 encontramos el dictamen de la Comisión de Códigos del Senado, sobre la base de los proyectos del senador Serrey y del Poder Ejecutivo, de ley Orgánica del Petróleo, que establecía que los yacimientos eran bienes del dominio privado de la Nación o las provincias, según su ubicación. El proyecto permitía la concesión a particulares, pero el Estado podía establecer la intensidad de la explotación de acuerdo con las necesidades nacionales bajo sanción de caducidad de la concesión (art. 20). A su vez el Estado podía hacer reservas, pero se fijaba un régimen tributario de **canon y regalía** (12%) prohibiendo cualquier otro impuesto nacional, provincial o municipal (art. 29). Se admitía que los particulares explotaran minas de hidrocarburos con arreglo al Código de Minería, pero se lo prohibía a los estados extranjeros.

(v) En 1947 el proyecto de Calzagno, Frondizi, Balbín, Dellepiane, Pomar y otros, que establecía la nacionalización de los hidrocarburos, a los que calificaba de

¹⁸ Cf. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, 1927, III, pp. 64 y ss.

“bienes patrimoniales e inalienables del dominio privado del Estado nacional”. A su vez proponía que la exploración, explotación, industrialización, almacenaje, transporte y comercio fueran servicio público a cargo del Estado nacional, que debía prestarlo exclusiva y directamente por medio de la dirección de YPF. El 50% de las utilidades debía destinarse a las provincias o territorios nacionales donde estuvieran los yacimientos, caducando los derechos de regalías. En los fundamentos, Calcagno calificaba a la **“empresa mixta”** como una **“solución del imperialismo”**, recordando que cuando en 1938 en México **Lázaro Cárdenas** expropió a las compañías anglo-norteamericanas el abogado de la Standard Oil le propuso conformar, precisamente, una empresa mixta.

La federalización constitucional: convención de 1949

La reforma constitucional de 1949 (derogada por bando militar en 1956) estableció la federalización de las fuentes de energía. El art. 40 prescribía: **“Los minerales, caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas, y las demás fuentes naturales de energía, con excepción de los**

vegetales, son propiedades imprescriptibles e inalienables de la Nación, con la correspondiente participación en su producto, que se convenirá con las provincias”.

Como vimos antes, existió desde los orígenes de nuestra Constitución y la sanción del Código Civil un debate jurídico y político respecto de si la reivindicación de las provincias de ser propietarias de las minas (como bienes privados) que tenía como fuente una concesión del gobierno de la Nación por medio del Código Civil o en una norma constitucional. Según Sampay, la tesis radical expuesta en la Cámara de Diputados en 1928 por Diego Luis Molinari consideraba que las minas pertenecían originaria y constitucionalmente a la Nación.

Dijo también Sampay que el ex presidente Yrigoyen reivindicaba la explotación de ellas exclusivamente por la Nación atribuyéndole la siguiente frase: **“el subsuelo mineral de la República no puede ni debe ser objeto de otras explotaciones que las de la Nación misma”**. Y señaló que su derrocamiento impidió la sanción de una ley que nacionalizaría el petróleo, advirtiendo que ese golpe de Estado **“fue festejado por los terratenientes y los petroleros norteamericanos”**.¹⁹

¹⁹ Cf. La Constitución de 1949 comentada por sus autores, Ed. El Coloquio, Buenos Aires, 1975, p.301. La frase textual de Sampay es: “...cuya deposición, que impidió sancionar la ley que nacionalizaba el petróleo, fue festejada ‘por los ricos terratenientes -según anota Waldo Frank, testigo del 6 de setiembre-, sacando de sus bodegas el champaña de las mejores vendimias para acompañar el menú de los petroleros

Vale anotar que el radicalismo aceptaba esta tesis, si bien no coincidía con la necesidad de la reforma constitucional, la que calificaban como un intento de Perón para mantenerse en el poder al incorporar la reelección. En 1947, por ejemplo, Frondizi y otros diputados habían presentado un pedido de informes y un proyecto de Resolución en la Cámara de Diputados donde se cuestionaban las conversaciones con representantes de la firma Standard Oil y exigían la denuncia de los convenios suscritos en 1936 por YPF con los grupos Standard Oil, Shell Mex y otros.²⁰

A mi juicio es relevante la reforma de 1949 ya que, reivindicando como antecedente la intención de Yrigoyen de nacionalizar el petróleo, introduce la federalización del tema lo que, veremos, se mantiene aun ante la derogación de la reforma constitucional.

Durante el mismo 1949 la ley 13.660 dispuso que la construcción de gasoductos, oleoductos,

destilerías, usinas y depósitos de hidrocarburos queda sujeta a la autorización del Poder Ejecutivo.

Como dato del mercado, recordemos que en 1955 la extracción correspondía en un 84% a YPF, pero solo el 54% del petróleo consumido era nacional. La dependencia de la importación llevó a Perón a suscribir cuestionados acuerdos con una subsidiaria de la Standard Oil de California, los que fueron anulados por el gobierno surgido del golpe de 1955.²¹

Luego de 1955

Luego del golpe de Estado que depuso al gobierno constitucional en 1955 las autoridades de facto anularon la reforma constitucional de 1949²², y en 1957 convocaron a una reforma constitucional, donde el peronismo estuvo proscrito²³. De suyo, tal convención fue objeto de cuestionamientos sobre su legitimidad, no solo por parte de los peronistas, sino también por juristas como Oyhanarte.²⁴

americanos". Convención Nacional Constituyente, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, 1949, Reunión 6, p. 282.

²⁰ El Pedido de informes fue suscrito por Frondizi, Bertini, Lencinas, Liceaga, Bonazzola, Pomar Candioti, Rojas, Cufre y Maineri en Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de 1947, p. 671. El de Resolución por Frondizi, Rubino, Zanoni, Galvagni, Córdoba, Errecart, Busaniche, Araújo, Paulina y Ravignani. Otro, también de Resolución, pedía la expropiación, suscrito por Frondizi, Balbín, del Mazo, Peña Guzmán y otros.

²¹ Mansilla, *Hidrocarburos y política energética* cit. p. 28.

²² No fue el único hecho jurídicamente insólito y brutal, pues también removieron a la Corte Suprema por decreto o fusilaron a ciudadanos sin respeto por el debido proceso, aun aplicando una pena *ex post facto*, pues al momento de los hechos ocurridos en 1956 la pena de muerte había sido derogada por el mismo gobierno en 1955.

²³ Como es recordado, se dio en dicho acto un alto porcentaje de voto en blanco: mayor que el partido más votado.

²⁴ Ver Oyhanarte, Julio, op cit. Este autor no puede ser calificado como peronista, pues

Ahora bien, aun cuando esta Convención solo incorporó el art. 14 bis a la Constitución y no trató el régimen de los hidrocarburos, los debates previos que se reflejan en la nota de Oyhanarte ya citada permiten advertir que la nacionalización dispuesta en 1949 estaba en debate. La postura "**provincializadora**" era expresada por un joven abogado, que luego en 1976 fue ministro de Economía del ex presidente Videla, **José A. Martínez de Hoz**. También adherían a ella González Calderón y Guillermo Cano²⁵. Oyhanarte sostenía la potestad de la Convención para nacionalizar los hidrocarburos y los minerales nucleares y, además, la necesidad de que ello ocurriera.

El trabajo de Oyhanarte tiene algunos aspectos de indudable interés. Cita a favor de su tesis la opinión de **Alberdi** respecto de la necesidad de que los temas esenciales al desarrollo estuvieran en cabeza de la Nación, señalando como ejemplos las grandes obras como "*caminos de hierro, canales, puentes, grandes mejoras materiales...*" pues decía que "*... solo es grande lo que es nacional*". También la de Raúl Prebisch, quien reclamaba la continuación de la política nacional contraria a las concesiones privadas, "*a fin de resguardar el país de la acción de*

las combinaciones monopolistas internacionales".

Oyhanarte expresa una postura fervientemente nacionalista, rebatiendo argumentos provincialistas y sumando los propios, entre ellos la necesidad de ver al petróleo y todos los aspectos del negocio (explotación, transporte, refinación y comercialización) como un **servicio público integral**. Al respecto, rescato una ironía del autor dirigida hacia quienes sostenían que la existencia de un servicio público implicaba solamente una regulación especial del poder de policía respecto de las empresas, pues refería que según esa tesis "*en sentido estrictamente jurídico, la exploración y explotación de petróleo y uranio pertenecería a la misma especie que las actividades de un farmacéutico*".²⁶

La ley 14.773, sancionada en noviembre de 1958 mantuvo el espíritu de federalización del petróleo que venía desarrollándose conforme fue visto en el tránsito desde aquel Código de Minería de Oro que prohibía al Estado la explotación y daba a las provincias el dominio originario.

En efecto, el art. 1° de la ley 14.773 establecía que los yacimientos de hidrocarburos existentes en todo el territorio y plataforma submarina eran bienes exclu-

es recordada su participación en la Corte Suprema que, posteriormente, admitió el sometimiento de civiles al Código de Justicia Militar, por ejemplo en el caso "Pucci", con disidencia de Orgaz, que precisamente se utilizó para reprimir al peronismo.

²⁵ Oyhanarte, Julio, op cit., esp. Notas 5 y 6.

²⁶ Oyhanarte, Julio, op cit. pp. 870, 881, 882.

sivos, imprescriptibles e inalienables del Estado nacional, gozando las provincias en cuyos territorios se encontrasen de un derecho a participar en el producido, que luego fijaba en el 50%. El art. 2º otorgaba el monopolio de las actividades de exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización a YPF, Gas del Estado y Yacimientos Carboníferos Fiscales, los que gozarían de autarquía.

Al decir del miembro informante en el Senado, senador Wiedmann, el proyecto tenía seis puntos relevantes: 1) La nacionalización de los hidrocarburos, 2) El monopolio estatal -que según él el art. 40 de la Constitución de 1949 no lo establecía-, 3) Lo vinculado con la caducidad de las concesiones, que la ley no establecía en el art. 3º y el senador criticaba invocando a Yrigoyen, 4) La prohibición de otorgar nuevas concesiones, 5) La coparticipación con las provincias y territorios nacionales, y 6) La inmunidad de YPF respecto de las tasas e impuestos locales.

En 1960 se sancionó la ley 15.735, que establecía la participación de las provincias en el producido y fue observada por el Poder Ejecutivo.

La jurisdicción federal se mantuvo luego con la sanción de la ley 17.319. Esta ley está aún vigente, pero con relevantes reformas emergentes de la sanción de la ley 24.145, la reforma de 1994 de la Constitución Nacional (art.

124), el DNU 506/03 y la ley 26.197, llamada "**ley corta**" que, finalmente, eliminaron la jurisdicción federal, al menos en gran medida.

La ley 17.319 (cuyo antecedente alguien encuentra en la ley española), sancionada durante la dictadura de Onganía, establecía la propiedad inalienable e imprescriptible de la Nación de los yacimientos, como veremos, actualmente modificado por la "**ley corta**" que, de acuerdo con la reforma de 1994, reconoce a las provincias o a la Nación dicho dominio, según el lugar de los yacimientos.

El art. 3º de la misma 17.319, aun vigente, reconoce la facultad del Poder Ejecutivo Nacional de fijar las políticas de exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de hidrocarburos, con la finalidad principal de: a) satisfacer las necesidades de hidrocarburos del país, y b) mantener reservas que aseguren esa finalidad.

A su vez, el art. 6º admite que el dominio de los hidrocarburos extraídos corresponde al productor, pero que deberá transportarlos, comercializarlos o industrializarlos de acuerdo con las reglamentaciones que dicte el Poder Ejecutivo, siendo obligatoria su utilización en el país cuando las necesidades de consumo así lo requieran, pudiendo la autoridad fijar los precios. Asimismo, la exportación se autoriza cuando no fueran necesarios para cubrir la

demanda interna y a precios razonables.

Es relevante advertir que la legislación referida establecía que el Estado, por medio de YPF, era dueño de los hidrocarburos producidos. Cuando hubieran sido extraídos por empresas privadas, que recibían una retribución por la operación, pero no se transformaban en dueños del petróleo o gas o, mejor dicho, no podían disponerlos libremente. La vinculación entre YPF y los privados era objeto de debate como así también el precio que las refinerías pagaban por el crudo. Pero no estaba en debate que el productor carecía de la libre disponibilidad del hidrocarburo.

En este período es interesante recordar que el presidente Frondizi, aun cuando desde el llano había criticado los contratos de Perón, autorizó a empresas privadas extranjeras a ingresar en el mercado de la extracción, atando el precio del crudo al valor internacional, pero manteniendo el resto de los eslabones en manos de YPF. Esos convenios fueron anulados en 1963 por el presidente Illia y, a pesar de las amenazas de las empresas, no implicaron una baja en la producción. Durante el gobierno de Onganía, además de sancionarse la ley 17.319 como ya vimos, **se autorizó la cesión gratuita** por YPF de áreas en explotación, entre ellas algunas que habían

sido objeto de los contratos de Frondizi luego anulados, destacándose los yacimientos Cerro Dragón y La Ventana que representaban aproximadamente el 12 % de la extracción nacional.²⁷

La nacionalización de las bocas de expendio en 1975. La dictadura militar entre 1976 y 1983

1. Durante el gobierno constitucional de 1973 hasta 1976 se produjo la nacionalización de la comercialización, cuyos efectos son discutidos. Según quienes proponían la nacionalización de la comercialización en 1974, YPF producía el 99% del petróleo, pero sólo comercializaba el 50% de los derivados. El restante 1% era producido por Shell.

Esa comercialización había sido capturada por las empresas privadas, fundamentalmente Esso y Shell, del siguiente modo: i) en el período 1958-1962 habían obtenido el 51% de las nuevas bocas de expendio, ii) en el período 1963-1966 sólo habían sido autorizadas para el 14% de las nuevas estaciones de servicio y iii) entre 1967 y 1973 lograron el 55,9% de las mismas. A su vez, YPF había logrado autorizaciones para el restante 44,1% de las nuevas bocas de comercialización, aun siendo casi el único productor.

Según los autores favorables a la nacionalización de las bocas de comercialización, las refinerías de

²⁷ Mansilla, *Hidrocarburos y política energética* cit. pp. 30-31.

las empresas privadas recibían más crudo que las de YPF, a precios subsidiados en relación con los valores internacionales, y en las mismas condiciones que la empresa estatal, es decir, con el mismo margen de ganancia por cada litro de derivados vendido e igual plazo de retención de los gravámenes a los combustibles (52 días).²⁸

Tales fueron los argumentos que dieron fundamento al decreto 632 del 27 de agosto de 1974 del Poder Ejecutivo mediante el cual se instruyó a la Secretaría de Energía para que todas las bocas de expendio de derivados de hidrocarburos fueran centralizadas en YPF.

El decreto fue objeto de recursos de reconsideración interpuestos por Shell y Esso fundados sobre que la Constitución no ampara monopolios y que la autorización para ejercer el comercio no tratándose de un servicio público no puede ser revocada. Los recursos fueron rechazados en diciembre de 1974 sustentado sobre los arts. 2º y 3º de la ley 17.319 que autorizan al Poder Ejecutivo a reglamentar las actividades del art. 2º, entre ellas la comercialización, señalando que la de hidrocarburos es un servicio público por sus características. Asimismo, se sostuvo que YPF era dueño del hidrocarburo que extrae (arts. 6º y 94, ley 17.319) y por ello titular de la

facultad de disponerlo.

Si YPF producía el crudo y sólo esa empresa podía comercializar sus derivados, el decreto implicaba un plan de expropiación de las refinerías privadas (Esso) o, cuanto menos, que ellas trabajaran a *façon* o a tarifa para YPF.

En 1976, a un mes del golpe del 24 de marzo, más precisamente el 27 de abril, Videla dictó el decreto 223/76 que creaba una comisión honoraria para resolver la situación de Esso y Shell creada por el decreto 632/74. El producto de esa comisión dio un resultado en 1977. Por Decreto 1535 del 26 de mayo de 1977 (suscrito por Videla y Martínez de Hoz) se excluyó a Esso (que había iniciado juicio al Estado nacional) de los efectos del decreto 632/74, reintegrándole las bocas de expendio, y se aprobó una indemnización en su favor por aproximadamente **13 mil millones de pesos**, dejándose sin efecto el pedido de rendición de cuentas que YPF le había formulado. Lo propio se hizo con Shell por decreto 1536 de 1977 con una cifra cercana a los **14 mil millones de pesos**.

Luego, por decreto 2568 en 1979 se derogó el decreto 632/74.

La nacionalización de las bocas de expendio no fue una medida considerada relevante por parte del plantel de economistas que acompañaban al ministro de

²⁸ Scalabrini Ortiz, Jorge, *Petróleo y Liberación*, Buenos Aires, Pus Ultra, 1975 pp. 73 y ss.

Economía José Ber Gelbard. Para otros actores de esa época el interés en la medida fincaba en apropiarse de la recaudación tributaria incluida en el precio de los combustibles.

2. Con el argumento de permitir la recuperación secundaria en 1977, de modo similar a la época de Onganía, YPF cedió unas 10 áreas en explotación (1.024 pozos) que representaban el 10% de la extracción y que entre 1977 y 1990 implicaron el 32% del petróleo producido, a empresas privadas (Pérez Companc –luego adquirida en 2002 por Petrobrás-Bridas, Astra, Amoco, Socma, Soldati, etc.) **en forma gratuita**. En realidad la contraprestación era inversiones y promesas de extracción en un 92% más de lo proyectado por YPF que luego no cumplieron **pero YPF condonó las multas**. En 1982 el gobierno militar prorrogó los contratos.²⁹

La privatización de YPF, la provincialización del dominio originario y la desregulación del sector durante los años '90

i. Mediante el decreto 2778 de 1990 el entonces presidente Menem³⁰ transformó a YPF, que era una sociedad del Estado, en una sociedad anónima a partir del 1 de enero de 1991. El art. 7°

excluyó a YPF S.A. del control de las leyes de obras públicas, contabilidad, procedimientos administrativos, etc., disponiendo en el art. 8° que sus contrataciones se regirían por las normas de derecho privado. A su vez, el art. 10 autorizó al Ministerio de Economía para ofrecer en el mercado las acciones y obligaciones de YPF S.A. El personal quedaba sujeto a la ley de contrato de trabajo. El decreto incluía un anexo con un plan de transformación donde establecía la venta o cierre de refinerías como la de Campo Durán, San Lorenzo y Dock Sud, la asociación con empresas hasta en un 50% para la exploración y explotación de áreas de YPF aun de campos en explotación como los de la Cuenca del Noroeste o la Austral, y de oleoductos, la privatización de los servicios “no estratégicos” como la sísmica, perforaciones, ingeniería de obras o flota de camiones.

Otro dato relevante en esta breve excursión histórica son los decretos dictados por el presidente Menem que establecieron la libre disponibilidad del hidrocarburo, la libre disponibilidad de las divisas que percibieran por la exportación y la desregulación del transporte.

El decreto 1055 de 1989 que reglamentó la asignación de áreas

²⁹ Mansilla, *Hidrocarburos y política energética* cit. p. 31. Para un desarrollo del tema ver Bonelli, Marcelo, *Un volcán en llamas. Los contratos petroleros*, Corregidor, Buenos Aires, 1984.

³⁰ El ministro de Economía era Erman González.

de "*interés secundario*" estableció que las empresas que resultaran adjudicatarias bajo dicho régimen tendrían la libre disponibilidad de los hidrocarburos que produjeran. Lo que fue extendido a los nuevos concesionarios por el art. 4° del decreto 1212, también de 1989. El art. 6° del mismo decreto dispuso la libre importación y exportación de los hidrocarburos. Esto fue ratificado y extendido a todos los productores mediante el decreto 1589 de 1989.

Por decreto 2851 de 1964 el Poder Ejecutivo ejercido por Arturo Illia había establecido la obligatoriedad del ingreso y negociación en el mercado de cambios de las divisas provenientes de exportaciones de productos nacionales. Esto fue derogado por el decreto 530 de 1991 suscrito por Menem. En lo específico de los hidrocarburos, la libre disponibilidad de los mismos fue extendido a las divisas provenientes de su exportación hasta el 70% por medio del decreto 1589.

A su vez, el decreto 44 de 1991 estableció la desregulación del transporte de hidrocarburos y, para ello, se eliminó el monopolio de YPF y Gas del Estado limitando las prioridades de YPF. El decreto da grandes atribuciones a la Secretaría de Energía para regular la materia, fijar precios, etc. respecto del transporte de hidrocarburos que se califica de servicio público.

En síntesis, el gobierno de Menem modificó drásticamente el

esquema de producción, transporte y disposición de hidrocarburos. Primero disponiendo la libre disponibilidad de los mismos y las divisas. Y, luego, previa transformación de YPF en una sociedad anónima, privatizando la mayoría accionaria.

ii. La ley 24.145 comenzó el proceso de provincialización que ya en los años '50 defendía Martínez de Hoz. Así, el art. 1° estableció la transferencia a las provincias del dominio público sobre los yacimientos existentes en sus territorios o hasta las 12 millas marinas. Dicha transferencia se produciría cuando se dictara la ley modificatoria de la 17.319 que la adecuara a la provincialización (ver arts. 5 y 22). Pero, sin perjuicio de lo anterior, excluyó las principales áreas en exploración o concesionadas pues no se incluían: a) las asignadas a YPF, b) las concesionadas por la Nación ni c) los nuevos contratos relacionados con a) y b).

iii. Pero esa ley 24.145 a la par que transfería competencias a las provincias sobre ciertos yacimientos, en su título II continuaba el plan de privatización, aprobando los decretos del Poder Ejecutivo sobre esa materia. Para ello conformó el capital de la sociedad anónima YPF en cuatro tipos de acciones: Las clase A pertenecientes al Estado nacional, las clase B a las provincias hasta el 39%, las clase C de los trabajadores hasta el 10% bajo el régimen de propiedad participada (leyes 23.696 y 25.471) y las clase D del

capital privado. Todas podían transformarse por venta en clase D, como ocurrió salvo en una pequeña porción que se mantienen de las Clase A en manos del Estado nacional, de casi ningún valor como capital social y con derecho preferencial respecto de: a) decidir la fusión con otra sociedad, b) aceptar una situación de copiamiento hostil, c) transferir la totalidad de los derechos de explotación, y d) disolver la sociedad. Las acciones de clase B se adjudicaban a las provincias productoras de petróleo en pago de un acuerdo transaccional con la Nación por una deuda que las mismas reclamaban por regalías mal liquidadas (ver decreto 2284/92).

La misma ley autorizó la privatización del capital de las provincias y la Nación obligando a una liquidación conjunta (art. 10). La autorización era por el total, pero el 50% era obligatorio (sic).

Asimismo, el Estado nacional asumía los créditos y deudas de de YPF al 31 de diciembre de 1990.

La ley establecía algunos controles parlamentarios y asignación de recursos que fueron vetados por el Poder Ejecutivo (ver decreto 1858/92).

iv. En 1994 la reforma constitucional auspiciada por Carlos Menem para lograr su reelección permitió la incorporación en el actual art. 124 de un segundo párrafo que establece que:

“Corresponde a las provincias del dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”. Es obvio que triunfaba la tesis provincialista. Fue un error y, por cierto, resulta llamativo que las provincias agrícolas que no poseen grandes recursos mineros ni de hidrocarburos no hayan medido las consecuencias económicas, sociales y políticas de esa decisión que dejó gran parte de las decisiones sobre los recursos naturales que producen energía en poder de las provincias más despobladas, lo que genera una relación inversamente proporcional en el país respecto de la participación democrática en tales decisiones.

v. *Decreto de necesidad y urgencia N°. 546/2003 y la ley 26.197 (“ley corta”)*

Ante la sanción de la reforma constitucional de 1994 recién en el año 2003 se dictó en el ámbito federal una norma relevante respecto del dominio de los yacimientos, es decir, de las facultades de administración y explotación del poder público. El decreto 546 de ese año hace referencia en sus considerandos a la situación *“jurídicamente ambigua”* reflejada en que las provincias eran las titulares constitucionales del recurso pero carecían de atribuciones por el régimen legal de la ley 17.319.

El decreto de necesidad y urgencia dispuso que las áreas que revirtieran a las provincias (denominadas *“en transferencia”* por el

decreto 1955 de 1994) y aquellas que determinarían las autoridades provinciales serían administradas por ellas ejerciendo las atribuciones que la ley 17.319 reconoce a la autoridad de aplicación. De todos modos, las empresas y las autoridades provinciales debían mantener informada a la autoridad nacional.

La autoridad nacional mantenía el ejercicio de las facultades emanadas de los arts. 2º y 3º de la ley 17.319 y, también, mantenía su jurisdicción sobre las áreas concesionadas por el Estado nacional.

De tal modo se creaba un régimen doble. Las áreas ya concesionadas se mantenían bajo jurisdicción federal. Las nuevas o las que revirtieran, fuera por voluntad del concesionario o por la sanción que la autoridad nacional les aplicara caducando sus derechos por incumplir sus obligaciones, devían en jurisdicción provincial.

El esquema de provincialización concluye en el año 2006 con la sanción de la llamada *ley corta* (ley 26.197). Allí se modifica el art. 1º de la ley 17.319 estableciendo que los yacimientos de hidrocarburos pertenecen al patrimonio *“inalienable e imprescriptible”* de la Nación o las provincias, según el lugar en que se encuentren. Respecto del mar, hasta las 12 millas se reconocen patrimonio de las provincias o la *ciudad de Buenos Aires*. La ley les otorga a las provincias la administración de

los yacimientos, aun los que habrían sido concesionados por el Estado nacional que el DNU 546/2003 reservaba al gobierno nacional.

Según la nueva ley, las facultades de las provincias son las que surgen de la ley 17.319. Entre ellas las de renovar las concesiones, controlar los contratos, aplicar las sanciones, etc.

El Gobierno de la Nación se reserva el diseño de las políticas energéticas en el nivel federal.

De la Rúa y la prórroga de Loma de la Lata en el año 2000

Por decreto 1252/2000 el presidente De la Rúa concedió a Repsol YPF S.A. la prórroga de la concesión del yacimiento Loma de La Lata–Sierra Barrosa, uno de los más importantes de gas natural. El argumento del decreto fue que, a juicio del entonces presidente, era *“imprescindible”* realizar *“importantes inversiones”* para la extracción y la preservación ambiental y que YPF había *“dado buen cumplimiento”* a sus obligaciones.

La prórroga invocaba los arts. 35 y 98 de la ley 17.319 y se extendía por diez años, hasta el año 2027. Como vimos, la atribución de prorrogar los contratos, luego de la *“ley corta”*, fue transferida por el Gobierno de la Nación a las provincias.

3. Breve referencia a ciertos conceptos vinculados con el dominio sobre los yacimientos (dominio originario, eminente, útil) y la jurisdicción

Existe un debate respecto de la naturaleza jurídica o el carácter del dominio sobre los yacimientos. En primer lugar el debate finca en el carácter del “*dominio originario*” del Estado, nacional o provincial. Luego, en el caso de acceder el privado a la explotación, acerca de sus derechos de propiedad sobre la concesión o los hidrocarburos.

Desde el punto de vista del dominio del Estado sobre los hidrocarburos, Julio Oyhanarte, citando a Jellinek, señala que el dominio sobre el territorio y los bienes por parte de un Estado no es *dominium* sino *imperium*. Esa potestad territorial es lo que se denomina “*dominio eminente*”. De acuerdo con Villegas Basavilbaso “*el dominio eminente no constitu-*

ye un derecho de propiedad; una potestad que el Estado ejerce potencialmente sobre las personas y los bienes”.³¹

El dominio eminente es invocado por algunas constituciones provinciales, como la de la Buenos Aires en su art. 28. En la Convención constituyente de esa provincia de 1870-1973 Quirno Costa dijo que el ejercicio del dominio eminente es el ejercicio de un derecho de la soberanía del Estado sobre los bienes.³²

La Corte Suprema ha calificado a las minas como “*bienes privados*” de la Nación o de las provincias, de acuerdo con el art. 2342 del Código Civil.³³

Como es conocido, la Constitución Nacional, reformada en 1994, prescribe que el “*dominio originario*” de los recursos naturales corresponde a las provincias, en decisión contraria a la adoptada en 1949. No parece haber demasiadas dudas de que la gran relevancia de la norma de 1994 corresponde al viejo debate

³¹ Oyhanarte, cit. p. 872 nota 55-56.

³² En mi libro *Comentario de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, Depalma (Lexis Nexis), 2000, pp. 81-85 creo que no he tratado con suficiente claridad la posibilidad de la existencia de territorios nacionales o de jurisdicción nacional, fuera de los territorios provinciales y, de tal modo, la incorrección de las constituciones provinciales que invocan límites y derechos diferentes de los establecidos por el Congreso, por ejemplo en relación con el mar. Tampoco creo haber referido correctamente las atribuciones del Congreso respecto de la regulación de otros bienes como los hidrocarburos, más allá de la norma de la Constitución Nacional que establece el dominio originario de los recursos naturales. También en: <http://enriquehidalgo.wordpress.com/2007/04/05/comentarios-sobre-la-constitucion-de-la-provincia-de-buenos-aires/#more-7>

³³ C.S.J.N., autos “*Diadema Argentina (S.A.) c/ Gobierno Nacional*”, del 7 de agosto de 1936.

sobre la propiedad minera y, fundamentalmente, sobre los hidrocarburos, entre las tesis nacionalizadoras y provincializadoras.

Así, Cassagne considera que el concepto de “**dominio originario**” proviene del derecho minero y que debe diferenciarse del “**dominio eminente**”. El primero es el que corresponde a una persona desde el origen o descubrimiento de la cosa y el eminente implica una potestad. En el marco del derecho minero, esa potestad tiende a asegurar los derechos del dueño de la mina y el interés público en su explotación correcta. El dominio originario no se extingue cuando se permite la explotación de la mina (*dominio útil o derecho de explotación*). Tampoco implica en su criterio un *derecho real de dominio*.³⁴ Este autor, en la nota citada, desarrolla tesis encaminadas a destacar los derechos de los concesionarios, fundamentalmente de propiedad sobre los hidrocarburos que extraen.

En este ámbito del dominio privado, ya desde hace muchos años se hablaba de una suerte de separación entre la propiedad del titular del dominio de la superficie, sobre la que aparece, en palabras de Joaquín V. González, una “*propiedad nueva incrustada en la suya con tantos y tan formidables*

privilegios” que exige “*indemnizaciones que satisfagan el valor real de la tierra ocupada por el mine-ro*”.³⁵

A los fines de este trabajo sólo es relevante decir que lo decisivo es comprender, dentro del ámbito del derecho público y ante la norma de la Constitución Nacional que atribuye el dominio originario a las provincias, que **dominio no es sinónimo de jurisdicción**. Puede haber jurisdicción sin dominio y eso es lo que ocurre, en mi criterio, con los hidrocarburos en la relación entre la Nación y la provincia titular del “**dominio originario**”. La Nación tiene la jurisdicción para regular si así lo desea el modo de explotación, en el más amplio sentido de acuerdo con la cláusula de los códigos (que prescribe que el Congreso dicta el Código de Minería), la del progreso y la del comercio, entre otras (ver art. 75, C.N.). Asimismo, desde el punto de vista legal, la propia “*ley corta*” atribuye al gobierno federal el dictado de las políticas energéticas federales.

Luego, el debate sobre los diferentes conceptos antes citados (útil, minero, eminente, originario) resulta interesante en cada caso, pero no es lo que se pretende trabajar acá. En su caso, y especialmente en lo que hace a los dere-

³⁴ Cassagne, Juan Carlos, “El dominio de los yacimientos de hidrocarburos. Su relación con las potestades nacionales y provinciales y los derechos de los concesionarios”, *La Ley*, 30 mayo 2007, pp. 1 y ss.

³⁵ González, *Escritos y Opiniones en Derecho*, Tercera Parte, p. 8.

chos de los particulares sobre los yacimientos de hidrocarburos, vale recordar que, como diría Olivecrona, la propiedad es un término o concepto hueco. Es decir, una fórmula para referir que según una serie de causas se produce un conjunto determinado de consecuencias. Lo relevante es entonces conocer: a) quién posee la facultad para dictar las normas que regula el nacimiento de derechos de los particulares sobre los yacimientos, b) quién debe aplicarlas y, en cada caso, c) verificar qué derechos se han dado al concesionario dentro de las reglas fijadas por la autoridad competente.

Ahora bien, desde ya, creo que no es menor distinguir entre el hidrocarburo extraído del que obra en el yacimiento dado en concesión, bajo tierra, a los fines de evaluar derechos de propiedad del concesionario. El empresario recibe una concesión de exploración y, luego, de explotación. Así, sus derechos son para extraer el hidrocarburo y luego, según los contratos, entregarlo al concedente por un precio o disponer de él, con arreglo a la legislación nacional que puede establecer prioridades de utilización, destino, etc. En ningún caso el concesionario **“compra”** el hidrocarburo que está bajo tierra ni pasa a ser su propietario. De tal modo, las reservas siempre pertenecen al Estado concedente.

Las perspectivas de los hidrocarburos ante la situación dada por la reforma constitucional de 1994 y el abandono del monopolio y la jurisdicción federal: el Código de Minería

a. Según mi criterio la tesis provincializadora que se impuso en 1994 no favorece el desarrollo nacional con equidad. Las provincias que tienen los mejores yacimientos de petróleo y gas son las menos pobladas. A la inversa, las más pobladas, las que más consumen energía, no tienen yacimientos. A esto debe sumarse la desigual representación política en el Congreso, no solo en el Senado donde no se contempla la diferencia de población entre cada provincia sino también en la Cámara de Diputados, donde no se ha actualizado la representación por los nuevos censos y las provincias menos pobladas tienen garantizada una representación de cinco diputados. Vale como dato ilustrativo señalar que cada diputado de la provincia de Buenos Aires representa a casi 200.000 habitantes y, en el otro extremo, cada diputado de Tierra del Fuego representa a 20.000. De este modo se verifican las siguientes situaciones: i) la Nación pierde control de los hidrocarburos; ii) las empresas negocian con unidades políticas más débiles como son las provincias; iii) las provincias agrícolas y más pobladas como Buenos Aires,

Córdoba y Santa Fe se ven perjudicadas por no acceder a las fuentes de energía en forma directa ni mediante la Nación; iv) la renta por los hidrocarburos beneficia a las provincias en forma directa, mientras que la renta agrícola queda en manos de la Nación.

b. El abandono del monopolio en la extracción de hidrocarburos hizo perder a la Nación una herramienta fundamental para el desarrollo. Un país que no tiene control estratégico de sus fuentes de energía es dudoso que pueda tener un futuro próspero. Por cierto, las políticas que no adopta la Argentina al respecto serán decididas por otros.

Ahora bien, aun sin regular un monopolio, el Estado podría tener políticas de desarrollo, pero para ello debería contar con, al menos:

(i) una burocracia técnica eficiente que le permita controlar la exploración, producción, comercialización y reservas del país, de modo de generar las reglas que bajo la explotación privada provea una administración de las fuentes energéticas a favor del país. Ello implica un conocimiento profundo de tecnología, costos, etc. Asimismo, es necesario establecer con precisión y hacer cumplir las regulaciones ambientales, pues los pasivos de este tipo son de valores muy elevados en esta industria.

(ii) una empresa estatal que bajo competencia establezca precios y costos testigo para controlar a los privados.

Ambas se han perdido. La burocracia técnica ni siquiera parecería tender a formarse porque la provincialización no ayuda a su formación, y la empresa Enarsa aún no es un jugador ni siquiera minoritario en el mercado de los hidrocarburos.

Las perspectivas no pueden ser buenas. Es obvio que las empresas privadas pretenderán exportar los hidrocarburos (o sus derivados) ante el precio internacional. La pregunta es si, como creo, el interés nacional es contrario a esa exportación de recursos no renovables, al menos ante el limitado horizonte de reservas, el Estado contará con herramientas suficientes para hacer prevalecer las decisiones nacionales. Esto, naturalmente, se resolverá no sólo de acuerdo con las reglas jurídicas, sino con el poder político del gobierno, en cada caso, ante las empresas petroleras.

c. Desde el punto de vista jurídico y constitucional político, a mi modo de ver, las grandes herramientas con que cuenta el gobierno nacional son la facultad de dictar el Código de Minería y de establecer reglas federales para fijar las políticas estratégicas en materia de energía en general e hidrocarburos en particular. Asimismo, la definición de la provisión de energía como un servicio público también concede al Gobierno de la Nación facultades relevantes para intervenir en este mercado.

(i) *Código de Minería*. El art. 75, inc. 12 prescribe que el Congreso

dicta el Código de minería pero que son las jurisdicciones locales las que deben aplicar esas reglas. A mi modo de ver, la actual ley 17.319 se ha transformado por imperio de la ley 26.197 (*ley corta*) en el Código de minería en lo que hace a los hidrocarburos. Ha dejado de ser una norma federal, de aplicación por las autoridades nacionales y jueces federales, para ser nacional: un código de aplicación obligatoria en todo el país por las autoridades y jueces provinciales.

De esta manera el Gobierno de la Nación puede y debe establecer reglas para fijar de qué modo y por cuáles plazos las provincias pueden explotar por sí o dar en concesión los yacimientos. También fijar reglas de extensión de tiempos, renovaciones, etc.

(ii) *Presupuestos mínimos ambientales*. Obviamente, también es atribución de la Nación fijar los presupuestos mínimos ambientales. Así lo prevé el art. 41 de la Constitución Nacional. De suyo, se trata de un tema relevante en el ámbito de la exploración y explotación de hidrocarburos. Estas tampoco alteran la jurisdicción local, salvo los casos en que afecten bienes federales o se trate de eventos que incluyan a más de una provincia.

(iii) *Reglas federales*. Conforme con lo prescripto por el art. 75, inc. 18 (*cláusula del progreso*) y 19 (*cláusula del desarrollo con justicia social*) de la Constitución, el Congreso puede dictar reglas

para preservar los intereses nacionales vinculados con los fines que allí se establecen. En tal sentido, va de suyo que puede determinar los modos de uso de un bien estratégico como los hidrocarburos, excluyéndolo de la reglas del mercado o manteniendo la libre disponibilidad, conforme resulte la decisión política que, indisputablemente, corresponde a la Nación y no a las provincias.

En igual sentido puede y debe establecer pautas de reservas y explotación racional.

Obviamente, también es su facultad exclusiva reglar el comercio interprovincial y la exportación e importación de acuerdo con lo prescripto por el art. 75, inc. 13 (*cláusula del comercio*) e imponer derechos de importación (retenciones) de acuerdo con lo que prevé el inc. 1° del mismo artículo.

(iv) *Reservas*. Por último parece interesante recordar que, como vimos en la primera parte de este trabajo, ha sido una práctica de política legislativa establecer zonas de reserva a favor de la Nación desde principios del siglo XIX en los territorios con yacimientos hidrocarburíferos importantes. Esas normas excluían territorios de las reglas del Código de minería y los reservaban para el Estado nacional. La regla de la Constitución de 1994 que reconoce el dominio originario a las provincias no modifica la facultad de la Nación, en su caso en el marco del inc. 30 del art. 75.

(v) *Servicio público*. En el marco de esta figura, que para los autores clásicos franceses como Duguit reemplazó a principios del siglo XX el paradigma de la soberanía como fin del Estado, el Estado nacional puede establecer pautas para regular e intervenir en el negocio de modo de garantizar el servicio al universo que determine.

Apéndice: Jurisdicción judicial federal o local: algunos casos de la Corte que ayudan a ver el problema de fondo

Este artículo, que bien puede calificarse como una suerte de *collage* de varios temas vinculados, podría concluir en el punto anterior, pero me parece oportuno incluir una alusión sobre la jurisdicción federal o local en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema.

a. Como vimos, la Constitución establece en su art. 75, inc. 12 que las normas de “**derecho común**” reguladas en los códigos civil, de comercio, minería, etc. no altera “*las jurisdicción locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según las cosas o las personas cayeren bajo sus respecti-*

vas jurisdicciones”. A su vez, el art. 2° de la ley 48 prescribe que cuando una causa judicial trata una materia federal la jurisdicción es federal, y el art. 14 de la misma ley, que cuando existe una “*cuestión federal*”, agotadas las instancias ordinarias, está habilitado a presentar un recurso ante la Corte Suprema federal el litigante que invocó una pretensión fundada sobre un derecho federal (ley federal, tratado, norma constitucional, etc.) y el resultado del caso fue contrario a ella.

En lo que nos interesa, ocurre con cierta habitualidad que los gobiernos provinciales dictan normas, habitualmente de contenido tributario, que afectan -con derecho o sin él, acá es irrelevante- a las empresas productoras.

Es decir, se produce un conflicto entre una norma local, provincial y el derecho que invoca generalmente la empresa, concesionaria de un yacimiento por la Nación con arreglo a la ley 17.319.

Como intenté decir en otra oportunidad³⁶, si un particular no está de acuerdo con una norma local e invoca su inconstitucionalidad por controvertir un materia legislada por el derecho federal, debe cuestionarla ante el juez local planteando la reserva de cuestión federal para, en su caso, hacer valer el

³⁶ En La Jurisdicción de la Corte Suprema cuando una provincia es parte y la doctrina de la cuestión federal predominante en la causa (con particular referencia al abuso de las acciones meramente declarativas para debatir conflictos entre normas locales y federales), *El Derecho*, 2004. También en <http://enriquehidalgo.wordpress.com/2007/04/09/la-corte-suprema-y-las-provincias/>

derecho federal por la vía del art. 14 de la ley 48.

Sin embargo, especialmente durante los años '90 la Corte desarrolló la teoría -a mi juicio equivocada- conocida como **“de la cuestión federal predominante en la causa”** mediante la cual admitía que el caso tuviera contenido federal aun cuando el tema fuera, precisamente, la contradicción entre la norma provincial y la federal. Para ello, el particular recurre a la acción declarativa donde invocando el derecho federal se presenta ante la Corte demandando a la provincia calificando al acto o norma local de inconstitucional.

En principio, aun ante algún calificado antecedente (ver el dictamen del procurador Marquardt del 17 de diciembre de 1971 en autos *“Hidronor S.A. c/Provincia del Neuquén”*), considero que esa vía procesal es impropia porque reemplaza la acción de condena de la provincia ante el incumplimiento eventual de la empresa y, además, viola el principio *“solve et repete”*. Además, aun si la vía procesal fuera idónea, no advierto por qué no puede ser competente la justicia local para juzgar, precisamente, la corrección de las normas dictadas por las autoridades locales.

Como hasta la sanción de la reforma de 1994 no había dudas respecto de que la ley 17.319 era federal, recurriendo al mecanismo de la acción declarativa antes

referido (generalmente adjuntado al pedido de una medida cautelar) la Corte declaraba su competencia originaria porque la contraparte era una provincia.

Ello fue así hasta el caso *“Tecpetrol s/inhibitoria”* del 17 de mayo de 2005, en el cual la Corte rechazó el pedido de inhibitoria de una empresa petrolera que estaba siendo demandada por la provincia del Neuquén por el cobro de regalías petroleras con fundamento en una ley local. Dijo que si la acción había sido deducida por la provincia sobre la base de su derecho (fuera o no adecuado a las normas constitucionales) era competente la justicia local, pues la cuestión exige el tratamiento de instituciones de derecho público local, y citó en su favor la prestigiosa obra de Jorge Gondra *“Jurisdicción Federal”* (1944).

Este caso “Tecpetrol” planteaba dos interrogantes: ¿La Corte cambiaba su criterio? ¿Abandonaría también la doctrina de la cuestión federal predominante si ante el juicio ejecutivo provincial la empresa no planteaba a la Corte una inhibitoria sino una acción declarativa?

b. La respuesta llegó en 2007. El 29 de mayo de 2007 en *“Capex S.A. c/Neuquén s/acción declarativa de certeza”* (C.2363. XLII, originario) la Corte declaró que era competente para decidir el caso donde la actora cuestionaba una disposición de la Secretaría de Energía provincial -ratificada por un decreto del gobernador- que

pretendía percibir regalías sobre una especie de gasolina que no proviene de separadores primarios en boca de pozo, sino de un proceso o tratamiento industrial realizado en una planta de Gas Licuado de Petróleo.

A su vez, el 5 de junio de 2005, en "*Petrolera Entre Lomas S.A. c/Neuquén s/acción declarativa – incidente de medida cautelar*" (P.1718.XLII, originario) la Corte se declaró competente para entender en un pleito en el cual la empresa accionante pretende que la Justicia federal³⁷ declare que es inaplicable una norma provincial que fija el modo de establecer el valor "*boca de pozo*" del hidrocarburo extraído y destinado al mercado interno a los fines del cálculo de regalías.

c. Dejando de lado la cuestión de la existencia o no de una causa federal (art. 2º de la ley 48) que daría competencia a la Corte o de una "**cuestión federal**" (art. 14 de la ley 48) que establecería la jurisdicción local, creo que cabe analizar qué derecho será aplicable de ahora en más a partir de la sanción de la *ley corta*. Es decir: ¿se puede seguir calificando de derecho federal a las normas de la

ley 17.319 y su decreto si la aplicación en el territorio provincial las deben realizar las autoridades locales según la *ley corta*? ¿O es que la ley 17.319 se ha transformado en parte del Código de minería?

A mi modo de ver la mayoría de las normas contenidas en la ley 17.319 han perdido el carácter de federales y han devenido en normas sancionadas en el marco de la cláusula de los códigos y, por ello, de aplicación obligatoria en toda la Nación, pero sin que por ello se altere la jurisdicción local. De suyo, pueden existir dentro del articulado reglas de contenido federal, es decir, que se dicten para proteger aquellas disposiciones que por imperio constitucional (por ejemplo el comercio internacional, la cláusula del progreso, etc.) o legal (ver art. 2º de la ley 26.197) quedan reservadas al poder federal.

En tal virtud, en principio, salvo por las especiales normas federales, los casos no serán más de incumbencia federal, sino local, pudiendo intervenir la Corte en los casos previstos por el art. 14 de la ley 48.

³⁷ La demanda la presentó ante el juez federal, quien lo remitió al juez local, pero ante la apelación de la empresa la Cámara Federal consideró que se trataba de un caso de jurisdicción de la Corte federal.