

**Régimen de promoción de explotación de hidrocarburos del Decreto N°
929/2013**

Inconsistencias legales[1]

Juan Fernando Giovachini

I. Introducción [\[arriba\]](#)

El Poder Ejecutivo Nacional (en adelante el “PEN”), mediante el Decreto n° 929/2013 (de fecha 11 de julio de 2013, publicado en el Boletín Oficial -en adelante el “BO”- el 25 de julio de ese mismo año, en adelante el “Decreto”) instauró el Régimen de Promoción de Inversión para la Explotación de Hidrocarburos (en adelante el “Régimen”).

Nos proponemos efectuar un análisis legal crítico y circunstanciado del Decreto. A tal fin, en primer término, describiremos las disposiciones del Decreto. Luego, expondremos y fundamentaremos nuestras observaciones legales. Finalmente, realizaremos unas breves consideraciones conclusivas.

II. Descripción del Decreto [\[arriba\]](#)

1. Objetivo del Decreto: El Decreto, dictado por el PEN invocando facultades derivadas del art. 99, incs. 1 -reglamentos autónomos- y 2 -reglamentos de ejecución-[2], de la Constitución Nacional (en adelante la “CN”), el Código Aduanero (Ley N° 22.415 y sus modificaciones, en adelante el “CA”), la Ley Federal de Hidrocarburos n° 17.319 (en adelante la “LFH”), Ley n° 25.561 (Emergencia Pública y Reforma Régimen Cambiario, en adelante la “LEP”), Ley n° 26.197 (en adelante la “LC”) y Ley n° 26.741 (en adelante la “Ley YPF”), tiene como objetivo neurálgico promover (a través del Régimen) la inversión destinada a la explotación de yacimientos (principalmente no convencionales) de hidrocarburos, en procura de lograr recuperar el autoabastecimiento de petróleo y gas.

En ese orden de ideas, el art. 2 del Decreto establece que el Régimen está sujeto a una serie de principios y propósitos, enmarcados en las atribuciones federales para la fijación de la Política Hidrocarburífera Nacional, entre los cuales menciona:

(i) El desarrollo armonioso y coordinado de las competencias del Estado Nacional y de las respectivas autoridades de aplicación en materia hidrocarburífera.

(ii) El objetivo prioritario de la República Argentina de lograr el autoabastecimiento de hidrocarburos a fin de garantizar el desarrollo económico con equidad social, la creación de empleo, el incremento de la competitividad de los diversos sectores económicos y el crecimiento equitativo y sustentable de las provincias y regiones.

(iii) El incremento de las inversiones y de los recursos empleados para el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos en el corto, mediano y largo plazo.

(iv) La promoción de la inversión nacional y extranjera directa para obtener el autoabastecimiento en materia de hidrocarburos.

(v) La integración del capital nacional e internacional, en alianzas estratégicas dirigidas a la exploración y explotación de hidrocarburos.

(vi) La incorporación de nuevas tecnologías y modalidades de gestión que contribuyan al mejoramiento de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, y la promoción del desarrollo tecnológico en la República Argentina con ese objeto.

2. *Beneficiarios del Régimen*: Pueden solicitar su inclusión en el Régimen los sujetos inscriptos en el Registro Nacional de Inversiones Hidrocarburíferas (en adelante el “Registro”) creado por el Decreto del PEN n° 1277/2012 (en adelante el “Decreto 1277”[3]) que sean titulares de permisos de exploración y concesiones de explotación, y/o terceros asociados a tales titulares conjuntamente con éstos, que presenten ante la Comisión un “Proyecto de Inversión para la Explotación de Hidrocarburos” (en adelante el “Proyecto Elegible”) (conf. art. 3 del Decreto).

3. *Proyecto Elegible*: características: El Decreto exige que el Proyecto Elegible prevea la realización de una inversión directa en moneda extranjera no inferior a US\$ 1.000.000.000 a ser invertidos durante los primeros 5 años del Proyecto Elegible, delegando a la Comisión el dictado de otros requisitos para su presentación y aprobación (conf. arts. 3 y 4 del Decreto). La Comisión reglamentó el Decreto mediante la Resolución n° 9/2013 (BO:16-07-2013)[4].

4. *Principales beneficios del Régimen*: El Régimen confiere los siguientes beneficios: (i) Los sujetos beneficiarios del Régimen gozarán, a partir del quinto año, del derecho a comercializar libremente en el mercado externo el 20% de la producción de hidrocarburos vinculada al Proyecto Elegible con los siguientes beneficios: (a) alícuota del 0% respecto al derecho de exportación; y (b) libre disponibilidad de divisas provenientes de tales exportaciones, siempre que el Proyecto Elegible haya implicado el ingreso de divisas al país por US\$ 1.000.000.000 (conf. art. 6 del Decreto).

(ii) Se podrá solicitar una nueva concesión de explotación no convencional, cuyo plazo será equivalente al establecido por la LFH (art. 35 LFH: 25 años más opción de prórroga por 10 años) pero podrá adicionarse en forma anticipada y simultánea un plazo de 10 años de extensión (total de dicha nueva concesión 35 años) bajo la condición de efectivo cumplimiento de todas las obligaciones establecidas en la legislación hidrocarburífera para los concesionarios de explotación, reconociéndose todos los derechos y obligaciones estipulados en la LFH para tales concesionarios (conf. art. 14 del Decreto).

(iii) Podrá unificarse con la nueva concesión otras áreas adyacentes y preexistentes que el titular tenga concesionadas como una única concesión de explotación no convencional, demostrando la continuidad geológica de las mismas (conf. art. 15 del Decreto).

5. *Distribución de beneficios ante esquemas asociativos*: Si se tratase de una modalidad asociativa, como resultan ser las uniones transitorias de empresas (art. 377 y ccs. de la Ley n° 19.550 -t.o. 1984-), vehículo contractual ampliamente utilizado en la industria para que dos o más sociedades canalicen la actividad y negocio petrolero, las partes podrán convenir de qué modo se distribuirá entre

ellas la aplicación del beneficio mencionado, comunicándolo fehacientemente a la Comisión (conf. art. 6, tercer párrafo, del Decreto).

6. Beneficio sustituto ante desabastecimiento de mercado

interno: Consecuentemente con el fin neurálgico que se persigue con el Decreto (y en línea con la prioridad de suministro al mercado interno del art. 6 de la LFH), el Decreto establece que los períodos en que la producción nacional de hidrocarburos no alcanzase a cubrir las necesidades internas de abastecimiento, el beneficio referido en el art. 6 del Decreto no será aplicable, y en su lugar los sujetos incluidos en el Régimen gozarán, a partir del quinto año, del derecho a obtener - respecto al 20% de los hidrocarburos producidos por el Proyecto Elegible- un precio no inferior al precio de exportación de referencia, libre de derechos de exportación, según el mecanismo de compensación en pesos que disponga a futuro la Comisión, con derecho prioritario para obtener divisas extranjeras en el Mercado Único y Libre de Cambios (conf. art. 7 del Decreto).

7. Acceso prioritario al mercado de cambios: Los productores de hidrocarburos enmarcados en el Régimen, tendrán asimismo derecho prioritario a obtener divisas de libre disponibilidad a través del Mercado Único y Libre de Cambios por hasta un 100% del precio obtenido por la comercialización interna del porcentaje de hidrocarburos susceptibles de exportación de acuerdo a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 6° del Decreto, más el importe correspondiente, en su caso, a las compensaciones recibidas en virtud del artículo 7 del Decreto, siempre que la ejecución del Proyecto Elegible hubiera implicado el ingreso de divisas a la plaza financiera argentina por al menos el importe previsto en el artículo 3° del Decreto (conf. art. 7 del Decreto).

8. Beneficios complementarios: Las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán otorgar otros beneficios complementarios a los aquí establecidos (conf. art. 8 del Decreto).

9. Extinción de beneficios: Los beneficios previstos en el Decreto cesarán por las siguientes causas: a) Vencimiento del plazo de las concesiones de explotación. b) Caducidad de la concesión por los motivos contemplados en el artículo 80 de la LFH. c) Incumplimientos sustanciales al Proyecto Elegible declarados por la Comisión (conf. art. 9 del Decreto).

10. Explotación no convencional: El Decreto conceptualiza en su art. 11 a la Explotación No Convencional de Hidrocarburos como la extracción de hidrocarburos líquidos y/o gaseosos mediante técnicas de estimulación no convencionales aplicadas en yacimientos ubicados en formaciones geológicas de rocas esquisto o pizarra (shale gas o shale oil), areniscas compactas (tight sands, tight gas, tight oil), capas de carbón (coal bed methane) y/o caracterizados, en general, por la presencia de rocas de baja permeabilidad.

11. Alcance de la concesión de explotación original: El Decreto asume que, de conformidad a lo estipulado en la LFH, toda concesión de explotación confiere el derecho exclusivo de explotar los yacimientos de hidrocarburos convencionales y no convencionales que existan en las áreas comprendidas en el respectivo título de concesión durante los plazos que correspondan (conf. art. 12 del Decreto).

12. Derecho a solicitar concesión de explotación no convencional: Los sujetos titulares de permisos de exploración y/o concesiones de explotación de

hidrocarburos, que hayan sido incluidos en el Régimen, tendrán derecho a solicitar una “Concesión de Explotación No Convencional de Hidrocarburos”, en los casos previstos en el artículo 14, la cual se otorgará en los términos establecidos en la Sección 3a del Título II de la LFH, cumpliendo, en cada caso, previamente, con las obligaciones establecidas en el presente Decreto y en su reglamentación (conf. art. 13 del Decreto).

13. Nueva concesión de explotación no convencional, plazo y subdivisión del área: De acuerdo a lo señalado en (II).4.(ii), las respectivas Autoridades de Aplicación de la LFH, conforme lo dispuesto en la LC (es decir las Provincias o la Nación, según sea territorio de dominio provincial o de dominio nacional el lugar en que se encuentren los yacimientos de gas y de petróleo), podrán dentro del área de concesión subdividir el área existente en nuevas áreas de explotación no convencional de hidrocarburos y otorgar nueva concesión que recaerá sobre el titular de la concesión del área que así lo solicite. El plazo de la nueva concesión será el establecido por la LFH, es decir 25 años al que se podrá adicionar en forma anticipada y simultánea con la nueva concesión la extensión del plazo de 10 años previsto en dicha ley, bajo la condición de efectivo cumplimiento de todas las obligaciones establecidas en la legislación hidrocarburífera para los concesionarios de explotación, reconociéndose todos los derechos y obligaciones estipulados en la LFH para tales concesionarios (conf. art. 14 del Decreto).

14. Unificación con áreas adyacentes y preexistentes: De acuerdo a lo mencionado en (II),4.(iii), los titulares de una “Concesión de Explotación No Convencional de Hidrocarburos”, que a su vez sean titulares de una concesión de explotación adyacente y preexistente a la primera, podrán solicitar la unificación de ambas áreas como una única concesión de explotación no convencional, siempre que se demostrare fehacientemente la continuidad geológica de dichas áreas. La delimitación de esas áreas adyacentes, será facultad de la Autoridad Concedente (conf. art. 15 del Decreto).

15. Vigencia de la concesión original no afectada a no convencional. Desarrollo de actividades complementarias de explotación convencional de hidrocarburos en nueva concesión: La concesión correspondiente al área oportunamente concesionada y no afectada a la nueva concesión de explotación no convencional, seguirá vigente por los plazos y en las condiciones previamente existentes, debiendo la Autoridad Concedente readecuar el título respectivo a la extensión resultante de la subdivisión. Queda establecido que la nueva concesión de explotación no convencional de hidrocarburos deberá tener como objetivo principal la explotación no convencional de hidrocarburos. No obstante ello, el titular de la misma podrá desarrollar actividades complementarias de explotación convencional de hidrocarburos, en el marco de lo dispuesto en el artículo 30 y concordantes de la LFH (conf. art. 16 del Decreto).

16. Autoridad de aplicación del Régimen: Luego de recordar que la LFH modificada por la LC establece como Autoridad Concedente y de Aplicación de las mismas a las Provincias o a la Nación conforme sea el ámbito territorial provincial o nacional en que se encuentren los yacimientos de gas o de petróleo, dispone que para la aplicación del Régimen será Autoridad la Comisión creada por el Decreto 1277 con facultades para dictar el Reglamento mencionado en el art. 4 del Decreto, para dictar las normas complementarias y reglamentarias que implementen dicho Régimen y para incluir en el mismo a los beneficiarios (conf. art. 19 del Decreto).

III. Observaciones legales al Decreto [\[arriba\]](#)

Consideramos que el Decreto resulta manifiestamente incompatible con diferentes disposiciones de la CN, de la LFH y de la LC y, por ende, es nulo (de nulidad absoluta e insanable)[5] e inconstitucional.

Detallaremos a continuación los múltiples reparos de naturaleza legal que a nuestro criterio merece el Decreto, sin que el orden en que ellos son expuestos pueda ser tomado como indicativo de su trascendencia:

1. El Decreto (sus arts. 6, 7 y ccs.) vulnera y afecta:

(a) La competencia exclusiva del Congreso de la Nación para otorgar privilegios (art. 75, inc. 18), de la CN[6]).

Como señalamos en (II).4.(i), entre los beneficios que otorga el Régimen a los sujetos que califiquen en él y den cumplimiento a sus disposiciones, se observa el derecho de vender libremente en el mercado externo y, consecuentemente, exportar hasta el 20% de los hidrocarburos producidos en el Proyecto Elegible (después de su quinto año), con una alícuota del 0% de los derechos de exportación que resultaren aplicables.

Ese beneficio, a no dudarlo, constituye un privilegio especial que se otorga a los beneficiarios del Régimen, en relación a los restantes sujetos que están obligados al pago del referido derecho de exportación ante cualquier operación de exportación que pretendan implementar.

Por ello, aquel implica o se traduce en una exención o, en el escenario de imposibilidad de exportar por la insatisfacción del mercado interno, en el beneficio de obtener -respecto del 20% de los hidrocarburos producidos por el Proyecto Elegible- un precio no inferior al precio de exportación de referencia, libre de derechos de exportación, según el mecanismo de compensación en pesos que disponga la Comisión (y con derecho prioritario para obtener divisas extranjeras en el Mercado Único y Libre de Cambios).

A la luz del art. 75, inc. 18), de la CN, el otorgamiento de ese privilegio impone el dictado de una ley formal del Congreso de la Nación, careciendo el PEN de potestad para su instauración.

En tal sentido, repárese que el antecedente promocional inmediato destinado a la actividad hidrocarburífera fue implementado por ley. Concretamente, nos referimos a la Ley n° 26.154 (publicada en el BO el 01 de noviembre de 2.006, la “Ley Promocional”) que creó en el marco de la LFH regímenes promocionales para la exploración y explotación de hidrocarburos.

Esa ley, cuyos principales beneficios eran de naturaleza tributaria[7], no fue inexplicablemente reglamentada por el PEN (conf. su art. 4) y, por ello, no se determinaron, entre otras cuestiones, las condiciones de la asociación compulsiva con Energía Argentina S.A.(ENARSA)[8] que ella imponía. Por tal motivo, la ley en cuestión careció de operatividad y, lamentablemente, los beneficios promocionales derivados de ella nunca pudieron ser aprovechados.

No obstante ello, la Ley Promocional constituye un antecedente valioso que confirma lo sostenido en cuanto a que resulta competente el Congreso de la Nación para otorgar privilegios, en un todo de acuerdo con el ya mencionado art. 75, inc. 18, de la CN.

(b) El principio de legalidad en materia tributaria y la consecuente creación e imposición por ley de un derecho de exportación (conf. arts. 4[9], 17[10], 52[11], 75, incs. 1 y 2[12], de la CN[13]).

No resulta ocioso recordar que nuestra CN prescribe, reiterada y categóricamente, tanto en el art. 4, como en los arts. 17, 52, 75, incs. 1 y 2, que solo el Congreso de la Nación tiene competencia para crear (y obviamente modificar, extinguir) las contribuciones (tributos) reseñadas en el primero de los artículos mencionados.

En ese orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante la "CSJN") ha resuelto terminantemente que "los principios y preceptos constitucionales prohíben a otro Poder que el Legislativo el establecimiento de impuestos, contribuciones y tasas" (Fallos: 155:290; 248:482; 303:245; 312:912, entre otros); y, en forma coincidente, que ninguna carga tributaria puede ser exigible sin la preexistencia de una disposición legal encuadrada dentro de los preceptos y recaudos constitucionales, esto es, válidamente creada por el único poder del Estado investido de tales atribuciones (Fallos: 316:2329; 318: 1154; 319:3400; 321:366 y 263; 323:240, entre muchos otros). La razón de ser de dicha asignación específica de competencia tributaria en el Congreso de la Nación se funda en que la atribución de crear los tributos es la más esencial a la naturaleza del régimen representativo y republicano de gobierno (Fallos: 182:411).

Por ello, la CSJN ha sostenido que " ... al tratar la creación, el manejo y la inversión del tesoro público, el constituyente confió al órgano más íntimo del país - según las palabras de Alberdi - la potestad de crear los recursos y votar los gastos públicos, en tanto que le confirió al Poder Ejecutivo la de recaudar y emplear aquellos recursos en los gastos designados", agregando, también en conceptos del ilustre jurista citado que "ese modo de distribuir el poder rentístico fue tomado de Inglaterra y adoptado por Estados Unidos de América a fin de evitar que en la formación del tesoro sea 'saqueado el país, desconocida la propiedad privada y hollada la seguridad personal' e impedir, además, que en la elección y cantidad de los gastos se dilapide la riqueza pública" (Fallos: 321:2683).

Asimismo, ha enfatizado que el principio de legalidad o de reserva de la ley no es sólo una expresión jurídico formal de la tributación, sino que constituye una garantía substancial en este campo, en la medida en que su esencia viene dada por la representatividad de los contribuyentes. En tal sentido, ese principio de raigambre constitucional abarca tanto a la creación de impuestos, tasas o contribuciones especiales como a las modificaciones de los elementos esenciales que componen el tributo, es decir, el hecho imponible, la alícuota, los sujetos alcanzados y las exenciones (Fallos: 329:1554)[14].

Sentado lo expuesto, señalamos también que los derechos de exportación constituyen tributos y, consecuentemente, rige respecto de ellos el mentado principio de legalidad o reserva de ley en materia tributaria[15].

Así lo resolvió recientemente la CSJN al disponer: "Que a efectos de una adecuada solución de la controversia resulta imprescindible remarcar la indudable naturaleza

tributaria de este derecho de exportación. En efecto, se trata de un tributo cuya definición puede comprenderse en el art. 724 del Código Aduanero, en tanto grava el hecho de la exportación misma de la mercadería, para consumo, involucrando una carga pecuniaria coactiva para el sujeto pasivo que realice la acción gravada prevista por la norma, con destino a las arcas públicas. La citada norma define un presupuesto de hecho que al verificarse en la realidad del caso concreto da origen a la obligación de ingresar al erario público una suma de dinero, en las condiciones que establece el texto legal. Tal obligación tiene por fuente un acto unilateral del Estado -justificado por el poder tributario que la Constitución Nacional le otorga al Congreso -, y su cumplimiento se impone coactivamente a los particulares, cuya voluntad carece, a esos efectos, de toda eficacia (Fallos: 318:676). Sobre este último aspecto, el Tribunal ha sostenido que no existe acuerdo alguno de voluntades entre el Estado y los individuos sujetos a su jurisdicción con respecto al ejercicio del poder tributario implicado en sus relaciones, puesto que los tributos no son obligaciones que emerjan de los contratos sino que su imposición y su fuerza compulsiva para el cobro son actos de gobierno y de potestad pública (Fallos: 152:268; 218:596; 318:676, entre otros). Por lo demás, corresponde recordar que la naturaleza tributaria de los derechos de exportación fue reconocida desde hace mucho tiempo y quedó expuesta con total nitidez durante los debates de la Convención Nacional Constituyente ad hoc de 1860 (cfr. De Vedia y Mitre, Mariano, El Régimen tributario de la Argentina, Imprenta de la Universidad, Buenos Aires, 1925, p. 311 y ss.)” (conf. CSJN, fallo del 15 de abril de 2014, autos: “Camaronera Patagónica S.A. c. Ministerio de Economía y otros s/ amparo”, publicado en Diario La Ley del 28 de abril de 2014, pág. 7, en adelante “Fallo Camaronera”).

Atento a lo expuesto en cuanto a que los derechos de exportación constituyen tributos; y a la plena vigencia del principio constitucional de legalidad o reserva de ley en materia tributaria, la exención señalada del pago de tales derechos que impone el Decreto (art. 6 y ccs.) carece de validez legal toda vez que el PEN ejerció atribuciones de naturaleza tributaria que carecía. Tales atribuciones, incluida la del otorgamiento de exenciones que nos ocupa, corresponden en forma exclusiva y privativa al Congreso de la Nación (conf. arts. 4, 17, 52, 75, incs. 1 y 2, de la CN).

(c) El principio de legalidad presupuestaria para comprometer fondos públicos (conf. arts. 75, incs. 8)[16], 99, inc. 10)[17], y 100, inc. 7)[18], de la CN).

Destacamos en el apartado (II).6. que el Régimen contempla un mecanismo de compensación pagadero en pesos (el cual reiteramos aquí no fue reglamentado aún por la Comisión).

Dicho mecanismo importará efectuar pagos en pesos por el Estado Nacional (imputables a su Tesoro) que no cuentan con la necesaria autorización y partida presupuestaria debidamente incorporadas en la ley de presupuesto sancionada por el Congreso de la Nación.

Por ello, el Decreto (art. 7 y ccs.) violenta las disposiciones de los arts. 75, incs. 8), 99, inc. 10), y 100, inc. 7, CN; y arts. 24, 25, 29, 30, 33, 37 y ccs. de la Ley n° 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional (publicada en el BO el 29 de octubre de 1.992, en adelante la “LAF”).

Las citadas disposiciones vulneradas por el Decreto sientan el principio legal según el cual incumbe al Congreso de la Nación la atribución para disponer la cantidad y destino de los egresos/gastos del Tesoro Nacional; como así también que los créditos presupuestarios de gastos por él establecidos constituyen el límite máximo de las autorizaciones para gastar, con la prohibición al PEN de adquirir compromisos para los cuales no queden saldos disponibles de créditos presupuestarios[19].

2. Inviabilidad legal de invocar válidamente la existencia de delegación legislativa en favor del PEN.

Complementariamente a lo señalado en (III).1.(b) respecto al principio de legalidad o reserva de ley en materia tributaria, corresponde efectuar algunas precisiones en cuanto a la delegación legislativa y a las potestades legislativas en tal materia tributaria. Al respecto, recordemos, en primer término, que la CSJN ha resuelto que “no pueden caber dudas en cuanto a que los aspectos sustanciales del derecho tributario no tienen cabida en las materias respecto de las cuales la Constitución Nacional (art. 76), autoriza, como excepción y bajo determinadas condiciones, la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo” (Fallos: 325:4251; autos: “Selcro S.A. c. Jefatura de Gabinete de Ministros”).

De allí que la configuración de los elementos sustanciales de la obligación tributaria (a saber: hecho imponible, sujeto activo y pasivo, alícuota, exenciones, extinción de la obligación tributaria[20]) no puedan ser pasibles de delegación legislativa al amparo del art. 76 de la CN (como de ninguna otra disposición de la CN), ni ser objeto de un decreto de necesidad y urgencia (conf. art. 99, inc. 3, de la CN, este último veda la materia tributaria).

En segundo lugar, como reseñamos en el apartado (II)1, el Decreto, en sus Considerandos, menciona haber sido dictado por el PEN en ejercicio de facultades derivadas del art. 99, incs. 1 y 2, de la CN, el CA, la LFH, la LEP, la LC y la Ley YPF.

Por ello, cualquier eventual invocación de facultades legislativas delegadas al PEN para justificar el dictado del Decreto no sólo se opondría a las disposiciones de los arts. 4, 17, 52, 75, inc. 1) y 2) y 76[21] de la CN, sino también a la explícita invocación por el PEN para el dictado del Decreto de atribuciones emergentes de los art. 99, incs. 1) -reglamentos autónomos- y 2) -reglamentos de ejecución-, de la CN.

Tampoco podría alegarse válidamente al CA como fuente de habilitación legal para el dictado del Decreto, ni mucho menos las disposiciones de las leyes LFH, LC, LEP ni de la Ley YPF.

Deteniéndonos particularmente en el CA, dado que su invocación resulta el principal fundamento de la potestad ejercida por el PEN, resulta oportuno enfatizar que las delegaciones legislativas que él contemplaba, por ser anteriores a la reforma de la CN del año 1.994, han caducado el 24 de agosto del año 2.010[22].

Efectivamente, en virtud de la Disposición Transitoria Octava de la CN y las leyes sancionadas en su marco, las delegaciones legislativas previas en tal reforma fueron prorrogadas por sendas leyes (Leyes n° 25.148, 25.645, 25.918, 26.135 y 26.519, ver reseña normativa en el Considerando 11 del Fallo Camaronera) hasta el

24 de agosto del 2.010, fecha en la que caducaron y, por ende, perdieron vigencia tales delegaciones.

Ese resulta ser el temperamento emergente del ya citado Fallo Camaronera, mencionado en el apartado (III).1.(b). al cual nos remitimos en honor a la brevedad.

3. Apartamiento manifiesto de las disposiciones legales de la LFH, con el también consecuente exceso reglamentario por parte del PEN (conf. arts. 28[23], 31[24], 75, incs. 12), 18) y 32)[25], 99, inc.2)[26], y ccs., CN).

(a) El Decreto también adolece de sendos vicios legales a la luz de los arts. 28, 31, 75, incs. 12), 18) y 32), 99, inc. 2), y ccs. de la CN; 1, 2, 4, 26, 35, 37, 45, 46, 47, 79, inc.c), 85, 87 y ccs de la LFH; 1, 2, 6 y ccs. de la LC, que tornan nulos e inconstitucionales, entre otros, a los arts. 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19 y ccs. del Decreto.

Puntualizamos, en primer lugar, que la regulación de la materia hidrocarburífera, tanto legislativa como reglamentaria, constituye competencia propia y exclusiva del Gobierno Federal; recayendo la primera (regulación legislativa) en el Congreso de la Nación (art. 75, inc. 12), de la CN), mientras que la segunda (regulación reglamentaria) en el PEN (art. 99, inc. 2), de la CN).

En tal marco, el PEN carece de potestad legal para dictar normativa legal sustantiva (regulación legislativa) en materia de hidrocarburos, toda vez que el Congreso de la Nación (bajo el art. 75, inc. 12) --anterior 67, inc.11)- , de la CN) es quien tiene competencia propia y exclusiva para legislar sobre el régimen legal sustantivo aplicable a los hidrocarburos[27].

En efecto, la jurisdicción del Congreso Nacional sobre los recursos hidrocarburíferos líquidos y gaseosos, entendida como regulación jurídica legislativa, viene dada por su propia y excluyente potestad de dictar el Código de Minería (conf. arts. 75, inc. 12) -anterior art. 67, inc.11)-, 121 y 126 de la CN, cfr. Fallos: 334:53)[28].

La CSJN así lo ha reconocido reiteradamente, entre otros precedentes, sin perjuicio del ya señalado, en autos: "Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Provincia de Mendoza y otros s/nulidad de concesión minera" de fecha 3 de mayo de 1979 (Fallos: 301:341); y "Chevron San Jorge S.R.L. c/ Neuquén, Provincia del s/ acción declarativa de Inconstitucionalidad", de fecha 01 de noviembre de 2011 (Fallos: 334:1162).

Por lo expuesto, la LFH, modificada parcialmente luego de la reforma de la CN por la LC[29], constituye el régimen normativo legal aplicable a la actividad hidrocarburífera, integrada por las relativas a la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de los hidrocarburos; mediante permisos de exploración y concesiones temporales de explotación y transporte de hidrocarburos otorgados por el PEN, con los requisitos y en las condiciones establecidos en la LFH (conf. arts. 2, 4 y ccs. de la LFH)[30].

Atento a lo indicado, y como señalaremos en detalle a continuación, se verifica un exceso manifiesto del ejercicio de la potestad reglamentaria del PEN reconocida en el art. 99, inc. 2), de la CN, no sólo por ejercer potestades constitucionales que

carece (conf. art. 75, inc. 12), de la CN), lo cual de por sí resulta un vicio de extrema gravedad que nulifica el reglamento (de forma absoluta e insanable[31]), sino también por violentar concretas disposiciones de la LFH y de la LC.

Adviértase en ese último sentido que el ejercicio de la potestad reglamentaria por el PEN no es absoluto. Por el contrario, está sujeto a estrictos límites derivados de su condición de actividad normativa de segundo grado (norma infralegal) que impone el respecto del principio de reserva y supremacía legal (receptado, para diversas materias, en sendas disposiciones la CN, a saber arts. 4, 17, 18, 19, 31, entre otros); y del propio art. 99, inc. 2), de la CN, prohibiéndose bajo este último que un decreto reglamentario (reglamento) altere el espíritu de la ley que reglamenta o produzca una afectación sustantiva de la ley reglamentada (conf. CSJN, Fallos: 178:224; 318:1707; 322:775; 330:2255)[32].

(b) Dado que el PEN carece de competencia y potestad legal para dictar normativa legal sustantiva en materia de hidrocarburos, no puede legítimamente crear un nuevo y adicional tipo concesión de explotación de hidrocarburos, como resulta ser la concesión de explotación no convencional (conf. arts. 12, 13 y ccs. del Decreto, incluyendo obviamente el plazo de ella, conf.art. 14 del Decreto).

Recordamos que la LFH, en sus arts. 27, stes. y ccs., sólo contempla una clase de concesión de explotación de hidrocarburos, sin regular adicional e independientemente de ella la de yacimientos no convencionales.

(c) El Decreto (sus arts. 12, 13 y 14) modifica arbitrariamente el procedimiento de reversión de áreas hidrocarburíferas y de adjudicación de concesiones de explotación, en manifiesta inobservancia a las previsiones de los arts. 37, 45, 46, 47, 81, inc. a), 85 y ccs LFH.

Las citadas disposiciones de la LFH, emanadas del órgano legislativo competente para su dictado, y a todo evento de mayor jerarquía que las del Decreto (conf. arts. 75, inc. 12), y 31 de la CN, respectivamente), exigen como principio general, la reversión del área hidrocarburífera a su titular[33] una vez extinguida la concesión de explotación (conf. arts. 81, inc. a), 85 y 37 de la LFH); y, a los efectos de la nueva adjudicación de una concesión de explotación, llevar previamente a cabo un proceso público competitivo (un concurso, conf. arts. 45, 46, 47 y ccs. de la LFH).

(d) El art. 14 del Decreto altera ilegítimamente el plazo de duración de las concesiones de explotación, en evidente violación al art. 35 de la LFH.

El referido artículo, emanado del órgano legislativo competente y, a todo evento, integrante de un cuerpo normativo legal de mayor jerarquía que el Decreto (conf. arts. 75, inc. 12), y 31 de la CN, respectivamente), establece, en principio, un plazo de 25 años de duración (más el lapso no transcurrido del permiso de exploración, excluido el término de su prórroga), con una posibilidad de extensión de 10 años a ser solicitada con una antelación de 6 meses al vencimiento del término de la concesión. El ilegítimo art. 14 del Decreto, contrariamente a lo señalado, permitiría que la también ilegal concesión de explotación no convencional que se otorgue tenga un plazo original de 35 años.

Obsérvese que bajo el Régimen instaurado por el Decreto, una concesión de explotación de hidrocarburos podría alcanzar un plazo máximo de duración de 70 años.

(e) Los plazos de las concesiones de explotación de las áreas adyacentes preexistentes, que se unifiquen con la nueva para lo no convencional, podrían reestablecerse bajo el art. 15 del Decreto por un nuevo plazo máximo de hasta 35 años, inobservando los términos máximos para las concesiones de explotación, el régimen de las reversiones de áreas hidrocarburíferas a sus titulares y el de sus adjudicaciones (concursos públicos) bajo la LFH (conf. arts. 35, 46 y ccs de la LFH, nos remitimos a (III).3 (c)).

Efectivamente, de darse las condiciones del inconstitucional art. 15 del Decreto, y pese a lo establecido en su art. 16, la concesión de explotación adyacente y preexistente (a la nueva de concesión de explotación no convencional) también podría tener un nuevo plazo de 35 años de explotación, aún cuando se trate de una explotación de tipo convencional.

(f).Cualquier eventual adhesión al Régimen y al Decreto que lo instaura por parte de las provincias[34] y/o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires carecería de valor legal y resultaría inconstitucional en virtud de lo señalado en (III).1. y (III).3. respecto de la competencia propia y exclusiva del Congreso de la Nación sobre el otorgamiento de privilegios y de legislar en materia de hidrocarburos (conf. art. 75, incs. 18) y 12), de la CN, respectivamente).

(g) Señalamos en (II). 2. que pueden solicitar su inclusión en el Régimen los sujetos inscriptos en el Registro que sean titulares de permisos de exploración y concesiones de explotación, y/o terceros asociados a tales titulares conjuntamente con éstos, que presenten ante la Comisión un Proyecto Elegible (conf. art. 3 del Decreto); y en (II).5. que si se tratase de una modalidad asociativa, las partes podrán convenir de qué modo se distribuirá entre ellas la aplicación del beneficio mencionado, comunicándolo fehacientemente a la Comisión (conf. art. 6, tercer párrafo, del Decreto).

Sorprende nuevamente el Decreto al no exigir expresamente que tales terceros den cumplimiento a los requisitos de solvencia financiera y capacidad técnica que la LFH exige a los titulares de permisos de exploración y de concesiones de explotación, y a sus cesionarios (conf. arts. 5, 72 y ccs. de la LFH).

Repárese en que la calidad de ellos no es fungible, de allí los recaudos técnico/operativo, económicos y financieros exigibles bajo la LFH a quienes pretenden adquirir un permiso de exploración o una concesión de explotación (conf. arts. 5, 72 y ccs. de la LFH).

4. El Decreto vulnera los principios de tutela judicial efectiva, de igualdad y el de razonabilidad según los estándares de los arts. 14[35], 16, 18, 28, 33 y 75, inc. 22 (pactos internacionales con jerarquía constitucional[36]), de la CN, toda vez que:

(i) sólo pueden adherirse al Régimen quienes estén inscriptos en el Registro, creado por el manifiestamente ilegítimo Decreto 1277[37], condicionándose arbitrariamente de ese modo la impugnación a este último; excluyendo además irrazonablemente de aquel a los proyectos hidrocarburíferos en provincias que

hayan cuestionado legítimamente, a tenor de la CN y LC, el avasallante e ilegal Decreto 1277; y

(ii) no se encuentra justificación razonable para incluir solamente en el Régimen y, por ende, tratar desigualmente, a quienes comprometan proyectos con inversiones por sobre un monto determinado (los U\$S1.000.000.000 mínimos que exige el Decreto), quedando excluidos de él los que no lo alcancen, aunque sea por una mínima expresión (por ejemplo burdo U\$S 999.999.999); atentándose paradójicamente con ello contra el principal objetivo de la Ley YPF, es decir lograr el tan mentado y deseado autoabastecimiento hidrocarburífero.

IV. Consideraciones finales [\[arriba\]](#)

Atento a las expectativas generadas en nuestro país en los últimos años respecto de la exploración y explotación de yacimientos no convencionales de hidrocarburos, y dadas las múltiples inconsistencias legales -señaladas precedentemente- del Decreto, estimamos imprescindible que el Congreso de la Nación sancione una ley especial, o modifique sistemática y armoniosamente la actual LFH, con el objeto de (i) regular integralmente todos los aspectos sustanciales de los permisos de los exploración y de las concesiones de explotación de tales yacimientos, e (ii) implementar las medidas que se pretendan instaurar para la necesaria promoción de esa actividad[38].

El restablecimiento y logro del deseado e indispensable autoabastecimiento de petróleo y gas (dogma central de la Ley YPF y del Decreto, conf. arts. 1 y 2, inc. d), y 2, inc.b), respectivamente) requiere de un marco sustantivo normativo consistente, preciso, estable en el tiempo (a largo plazo) y exento de cuestionamientos (incluyendo entre estos últimos, sin limitación, los de naturaleza legal), que estimule y otorgue certeza y seguridad jurídica a las inversiones de capital intensivas[39] y de alto riesgo[40] que demanda el desarrollo de la actividad hidrocarburífera[41].

El Decreto (al igual que el Decreto 1277) dista de contribuir a generar un marco legal con los rasgos y características señaladas precedentemente, pese a reconocer que pueda llegar a ser al menos considerada positiva su existencia ante la carencia de un régimen vigente alternativo análogo.

En el orden señalado, la actividad legislativa del Congreso de la Nación conforme lo establece la CN (conf. art. 75, incs. 12 y 18) constituirá uno de los presupuestos necesarios que permitirán la materialización consistente (en términos de seguridad jurídica) de las inversiones conducentes a revertir la declinación de las reservas de petróleo y gas, e incrementar la producción de tales hidrocarburos en procura de lograr su autoabastecimiento[42].

Pero, vale aclarar, la actividad legislativa, por sí sola, no será suficiente, dado que el PEN, en su condición de principal responsable de la política energética nacional[43], deberá diseñar un programa integral en materia de exploración y explotación de hidrocarburos, con objetivos concretos de cumplimiento progresivo, sustentable ambientalmente[44], compatible con las necesidades domésticas de energía y con precios de hidrocarburos acordes con los internacionales; como así también generar un clima de negocios propicio, amigable y estable en términos

políticos, comerciales, económicos y fiscales para la radicación de las inversiones requeridas a los fines mencionados en el párrafo precedente.

[1] Este artículo está basado en la exposición del autor en la Jornada de Encuentro entre la Industria y el Sector Petrolero sobre Hidrocarburos de Reservorios No Convencionales, organizada por la Facultad de Ingeniería y el IAE Business School, ambos de la Universidad Austral, del 08 de noviembre de 2013.

[2] Para una distinción entre ambas clases de reglamentos nos remitimos a: Cassagne Juan C.: Derecho administrativo, Octava Edición Actualizada, T 1, pág. 173 y stes., Lexis Nexis, 2006; y Comadira Julio-Escola Héctor (Actualizado por Julio P. Comadira): Curso de derecho administrativo, T1, pág. 42 y stes., Abeledo Perrot, 2012.

[3] Cuya inconstitucionalidad también resulta manifiesta. Recordamos, sucintamente, que el Decreto 1277 (dictado por el PEN invocando facultades emergentes del art. 99, incs. 1 y 2, CN, LFH, LC y Ley YPF):(i) deroga las disposiciones de los Decretos N° 1055/89, 1212/89 y 1589/89 (en adelante los “Decretos Derogados”) que establecían, entre otras cuestiones: (a) el derecho a la libre disponibilidad de la producción de hidrocarburos, (b) el derecho de valorizar la producción de hidrocarburos sobre la base de precios libremente pactados, y (c) la exención de todo arancel, derecho y/o retención sobre las exportaciones e importaciones de hidrocarburos (art. 2). (ii) Crea la Comisión de Planificación y Coordinación Estratégica del Plan Nacional de Inversiones Hidrocarburíferas (la “Comisión”), presidida por el Secretario de Política Económica y Planificación del desarrollo del Ministerio de Economía y Finanzas Publicas. La Comisión también está integrada por un representante de la Secretaría de Energía de la Nación y de la Secretaría de Comercio Interior (artículos 2, 4 y ccs. del Anexo I del Decreto 1277). (iii) Exige la registración obligatoria de todas las empresas de hidrocarburos en el nuevo Registro como requisito para poder desarrollar actividades hidrocarburíferas en el país (artículos 7, 9 y ccs. del Anexo I del Decreto 1277). (iv) Obliga a las empresas de hidrocarburos a suministrar la información técnica, cuantitativa y/o económica que la Comisión oportunamente requiera, y que resulte necesaria para evaluar el desempeño del sector y para el diseño de un Plan Nacional de Inversiones Hidrocarburíferas (“PNIH”, artículos 10, 11 y ccs. del Anexo I del Decreto 1277). (v) Exige que las empresas de hidrocarburos presenten un Plan Anual de Inversiones (“PAI”), antes de 30 de septiembre de cada año. En el caso de las empresas que realizan actividades de exploración y explotación, su plan deberá incluir un detalle de sus metas cuantitativas en materia de exploración y explotación de hidrocarburos, así como sus planes en materia de mantenimiento y aumento de reservas, incluyendo: (a) su plan de inversiones en exploración, (b) su plan de inversiones en recuperación primaria de reservas, y (c) su plan de inversiones en recuperación secundaria de reservas. En el caso de las empresas que realicen actividades de comercialización, transporte y/o refinación, su plan deberá incluir un detalle de sus metas cuantitativas en materia de comercialización, transporte y/o refinación de hidrocarburos y combustibles (artículos 12 y ccs. del Anexo I del Decreto 1277). (vi) La Comisión que se conforma evaluará en un plazo no mayor a sesenta (60) días corridos, el PAI de cada sujeto, verificando su consistencia y adecuación con el PNIH. En caso de estimarlo conveniente, podrá solicitar la presentación de un nuevo PAI, que se ajuste a los requerimientos del PNIH (artículos 13 y ccs. del Anexo I del Decreto 1277). (vii) Impone requisitos y

contiene disposiciones similares a las reseñadas precedentemente para las actividades de refinación, transporte y comercialización de hidrocarburos. Además, en el caso de las refinadoras primarias o secundarias, se prohíbe que estas dejen de abastecer adecuadamente su cadena comercial en caso de paradas técnicas previstas o no previstas, o por aplicación de programas de mantenimiento programado, o por modificaciones o mejoras en los procesos de las refinerías (artículos 16, 23 y ccs. del Anexo I del Decreto 1277). (viii) Con el fin de asegurar precios comerciales razonables para el mercado doméstico, el Decreto autoriza a la Comisión a fijar precios de referencia de cada uno de los componentes de los costos y precios de referencia de venta de hidrocarburos y combustibles, los cuales deberán permitir cubrir los costos de producción atribuibles a la actividad y la obtención de un margen de ganancia razonable. La Comisión tendrá la facultad de adoptar las medidas que estime necesarias para evitar y/o corregir conductas distorsivas en relación al precio, calidad y disponibilidad de los derivados de hidrocarburos (artículos 27 y ccs. del Anexo I del Decreto 1277). (ix) Cualquier incumplimiento de las obligaciones establecidas por el Decreto y sus normas complementarias estará sujeto a las sanciones previstas en la LFH (multa, apercibimiento, revocación de permisos y concesiones), así como a la suspensión o eliminación del Registro. Las sanciones serán aplicadas por la Comisión (artículos 29 y ccs. del Anexo I del Decreto 1277). Entre las inconsistencias legales del Decreto 1277 señalamos: (i) Invade potestades legales de las Provincias (en violación de los arts. 1, 6 y ccs. de la LC). (ii) Desplaza arbitrariamente al Consejo Federal de Hidrocarburos (creado por el art. 4 y ccs. Ley YPF). (iii) Altera, consecuentemente con lo indicado, el orden jerárquico normativo (art. 31 CN). (iv) Afecta derecho de propiedad de concesionarios cuyos títulos incorporaron las disposiciones de los Decretos Derogados (art. 17 y ccs. CN).

[4] La referida Resolución de la Comisión, en tanto reglamentaria del Decreto, correría la misma suerte que este último en cuanto a su inconstitucionalidad.

[5] Conf. art. 14, b), de la Ley n° 19.549 (Ley Nacional de Procedimiento Administrativo), referido al acto administrativo y aplicable a los reglamentos administrativos. En tal sentido, Balbin sostiene: “El exceso o abuso del poder reglamentario configura un supuesto de nulidad grave e insanable del acto estatal; destacando en la nota a pie de página número (133) Ello así de conformidad con el artículo 14, inciso b), de la LNPA que prevé el vicio llamado violación de la ley” (Balbín Carlos F.: Tratado de derecho administrativo, T1, pág. 508, La Ley, 2011). Gordillo ha aseverado que “Además de ello existen otros principios comunes a reglamentos y actos administrativos, particularmente en materia de nulidades y vicios del acto, de las reglas que debe seguir y respetar la administración en su emisión, etc., pero ello no obsta a que existen todavía algunas diferencias entre ambos, que a nuestro modo de ver justifican la distinción terminológica”. (Gordillo Agustín: Tratado de derecho administrativo, Octava Edición, T 3, Capítulo IV).

[6] El art. 75, inc. 18, de la CN, denominada Cláusula del Progreso, establece: “Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo”.

[7] Destacamos, entre otras, los arts. 7, 8, 9, 10, 11 y 12 de la Ley Promocional referentes al esquema y beneficios tributarios.

[8] Creada por la Ley n° 25.943 (publicada en el Boletín Oficial el 03 de noviembre de 2004).

[9] Artículo 4 de la CN: “El Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional formado del producto de derechos de importación y exportación, del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de Correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decreta el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional”.

[10] Artículo 17 de la CN: “... Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el Artículo 4º...”.

[11] Artículo 52 de la CN: “A la Cámara de Diputados corresponde exclusivamente la iniciativa de las leyes sobre contribuciones y reclutamiento de tropas”.

[12] “Artículo 75 de la CN: “Corresponde al Congreso: 1. Legislar en materia aduanera. Establecer los derechos de importación y exportación, los cuales, así como las evaluaciones sobre las que recaigan, serán uniformes en toda la Nación. 2. Imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias. Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan. Las contribuciones previstas en este inciso, con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica, son coparticipables ...”.

[13] Para ahondar con el abordaje integral del principio de legalidad en materia tributaria, véase a Casas José: “Los principios jurídicos de la tributación”, en obra colectiva dirigida por García Belsunce H. A. y Días V.O.: Tratado de la Tributación, Tl, Vol. I, págs. 258 y stes., Astrea, 2003; y Spisso Rodolfo: Derecho constitucional tributario, pág. 245 y stes, Quinta Edición, Abeledo Perrot, 2011. Para la distinción entre tributos, como género, e impuestos, tasas y contribuciones de mejoras, en tanto especies de aquellos, recomendamos: Schindel Angel: “Concepto y especies de tributos”, en obra colectiva Tratado de ... cit, págs. 565 y stes.; así como también sobre la naturaleza impositiva de los derechos de exportación, véase a: Spisso, Rodolfo R., “Las retenciones a la exportación y la violación de los principios de reserva de ley, igualdad, confiscatoriedad y seguridad jurídica”, en Retenciones a las exportaciones”, LL Supl. Especial, abril de 2008; y a Barra Rodolfo: Retenciones ¿Un adiós definitivo?, Publicado en el diario La Ley del 28 de abril del 2014, pág. 8.

[14] Aunque resulta oportuno aclarar que la CSJN también ha resuelto que no se viola el principio de legalidad si el Congreso, al generar un tributo, faculta al Poder Ejecutivo para determinar su cuantificación fijando un tope máximo; o si lo autoriza a variar las alícuotas respetando el máximo y mínimo razonables establecidos por el legislador; o si lo faculta a suspender su aplicación y, en su caso, a dejar sin efecto tal suspensión (Fallos: 230:28; 237:656, entre otros).

[15] Coincidente sobre la naturaleza tributaria de los derechos de exportación: Spisso, R. R.: Las retenciones ... cit.; y Barra R.: Retenciones ¿Un adiós definitivo?, Publicado en el diario La Ley del 28 de abril del 2014, pág. 8.

[16] Artículo 75 de la CN: “Corresponde al Congreso “8. Fijar anualmente, conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inc. 2 de este artículo, el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional, en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas y aprobar o desechar la cuenta de inversión”.

[17] Artículo 99 de la CN: “El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: 10. Supervisa el ejercicio de la facultad del jefe de gabinete de ministros respecto de la recaudación de las rentas de la Nación y de su inversión, con arreglo a la ley o presupuesto de gastos nacionales”.

[18] Artículo 100 de la CN: “Al jefe de gabinete de ministros, con responsabilidad política ante el Congreso de la Nación, le corresponde: 7. Hacer recaudar las

rentas de la Nación y ejecutar la ley de presupuesto nacional”.

[19] Concordantemente con el principio de legalidad presupuestaria, a diferencia del Decreto que lo ignora y violenta, la recordada Ley Promocional lo establecía en su artículo 8 al disponer “El cupo fiscal total de los beneficios promocionales se fijará anualmente en la respectiva ley de Presupuesto para la Administración nacional”.

[20] Véase al respecto: Bocchiardo José C.: “Derecho tributario sustantivo o material”, en obra colectiva dirigida por García Belsunce H. A. y Días V.O.: Tratado de la Tributación, TI, Vol. II, págs. 139 y stes., Astrea, 2003.

[21] A todo evento, en una hipotética e improbable invocación por el PEN de delegación legislativa, tampoco se habría dado cumplimiento con las disposiciones de la Ley n° 26.122 (publicada en el Boletín Oficial el 28 de julio de 2006), referente al Régimen Legal de los Decretos de Necesidad y Urgencia, de Delegación Legislativa y de Promulgación Parcial de Leyes.

[22] Barra, al comentar el Fallo Camaronera, expresa en tal sentido: “La potestad tributaria del Congreso, insistió la Corte (reiterando una firme jurisprudencia...), no puede delegarse en sus aspectos sustanciales, vicio en el que incurre el régimen de retenciones. Esta inconstitucional delegación no puede, siquiera por ley, ser subsanada hacia el pasado, aunque la Corte admitió que las prórrogas legislativas de las delegaciones anteriores a la reforma constitucional importaron la, digamos, “legalización” de estos tributos por el término prorrogado. Conforme con el criterio de la Corte, el impuesto llamado “retenciones” dejó de ser constitucionalmente vigente el 24 de agosto de 2010, según el plazo establecido en el art. 1° de la ley 26.519, última de las prórrogas decididas por el Congreso. En consecuencia, a partir de aquella última fecha cesó la delegación aduanera, sin posibilidad de ser nuevamente prorrogada, por la sencilla razón de que no se puede prorrogar lo que ya no existe. Tampoco se podría dictar una nueva resolución administrativa estableciendo nuevas retenciones, ni siquiera para el futuro, pues la Corte ha afirmado enérgicamente que ello es inconstitucional. Igualmente no podría ser materia de un decreto de necesidad y urgencia, por expresamente prohibirlo la Constitución. Se necesitará una ley del Congreso ...” (Barra R.: Ob. Cit. pág. 8).

[23] Artículo 28 de la CN: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

[24] Artículo 31 de la CN: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1.859”.

[25] Artículo 75 de la CN: “Corresponde al Congreso: 12. Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, 18. Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo. 32. Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina”.

[26] Artículo 99 de la CN: “El Presidente de la Nación tiene las siguientes

atribuciones: 2. Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias”.

[27] Ello es así pese al dominio originario que se les reconoce a las Provincias (como así también a la Nación y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires según la LC) sobre los recursos naturales que se encuentren en sus respectivos territorios (conf. del art. 124 de la CN). Al respecto, Krom sostiene: ” ..., el reconocimiento del dominio de los recursos naturales a las provincias no sustrae estos bienes de la jurisdicción exclusiva del Congreso Nacional entendida como regulación jurídica (Krom Beatriz S.: La nueva minería sustentable, pág. 346, Editorial Estudio, 2009). Coincidentemente, Cassagne aseveró: “con independencia del dominio originario reconocido a las provincias, los arts. 121, 126 y 75 inc. 12 de la C.N. ponen de manifiesto que éstas han delegado en el Congreso Nacional la facultad de dictar un Código de los recursos naturales” (Cfr. Cassagne, Juan C.: “El artículo 124 de la Constitución y el dominio originario”, publicado en La Ley, Suplemento de la Academia Nacional de Derecho 2007 (julio), pág. 1.). En tal sentido, se ha dicho que “la lectura de los debates de la Convención Constituyente ha conducido a sostener que el reconocimiento del dominio de los recursos naturales en cabeza de las Provincias no sustrae a estos bienes de la jurisdicción exclusiva del Congreso Nacional, entendida como potestad de regulación jurídica” (Cfr. De Simone Orlando: El dominio originario de los recursos naturales, publicado en La Ley, 1997-C, pág. 1440).

[28] La CSJN, el 02 de marzo de 2.011, en autos “Astra C.A.P. S.A. (TF 19.173-I) c. DGI”, Fallos: 334:53, aseveró que los yacimientos de hidrocarburos constituyen una especie de minas. En tal sentido, el último párrafo del Considerando 9) establece “En función de lo anteriormente expuesto cabe concluir que toda vez que la mina es fuente productora de ganancias gravadas (cfr. arg. doctrina de Fallos 220:939) y que los yacimientos de hidrocarburos constituyen una especie de ellas (cfr. arg. Fallos 170:274; 301:341; 311:1265; Código de Minería, Apéndice -“Del régimen legal de las minas de petróleo e hidrocarburos fluidos”- art. 1 ; ley 17319, art. 8), las erogaciones incurridas por la empresa actora destinadas a detener la salida descontrolada de la sustancia mineral del yacimiento revisten el carácter de gastos necesarios para mantener y conservar la fuente de las ganancias gravadas por el tributo”.

[29] Los arts. 2 y 6 de la LC también confirman y otorgan indubitable entidad legal a la LFH.

[30] La LFH se encuentra estructuralmente configurada con los Títulos y secciones que se detallan a continuación: TITULO I – Disposiciones generales, Artículos 1 y stes.; TITULO II – Derechos y obligaciones principales, SECCION 1° – Reconocimiento superficial, Artículos 14 y stes; SECCION 2° – Permisos de exploración, Artículos 16 y stes.; SECCION 3° – Concesiones de explotación, Artículos 27 y stes.; SECCION 4° – Concesiones de transporte, Artículos 39 y stes.; SECCION 5° – Adjudicaciones (de permisos y concesiones), Artículos 45 y stes.; SECCION 6° – Tributos, Artículos 56 y stes.; TITULO III – Otros derechos y obligaciones, Artículos 66 y stes.; TITULO IV – Cesiones (de derechos sobre permisos y concesiones), Artículos 72 y stes.; TITULO V – Inspección y fiscalización, Artículos 75 y stes.; TITULO VI – Nulidad, caducidad y extinción de los permisos y concesiones, Artículos 79 y stes.; TITULO VII – Sanciones y recursos, Artículos 87 y stes.; TITULO VIII – Empresas estatales, Artículos 91 y stes.; TITULO IX – Autoridad de aplicación, Artículos 97 y stes.; TITULO X – Normas complementarias, Artículos 100 y stes.; TITULO XI – Normas transitorias, Artículos 103 y stes.

[31] Ver nota a pie de página n° 5.

[32] Resulta elocuente la autorizada opinión de Marienhoff, quien afirmaba sobre

los límites de la potestad reglamentaria: “Los límites de la actividad o potestad reglamentaria de la Administración deben estudiarse, primeramente, con relación a cada tipo de reglamento en particular, y luego en general respecto a todos ellos. Con relación a los reglamentos de "ejecución" o "ejecutivos" existe una primera limitación: la que surge del artículo 86, inciso 2° de la Constitución (actual 99, inc.2), en cuyo mérito, si bien el Presidente de la República está autorizado para expedir los reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, en el ejercicio de tal atribución debe actuar "cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias". La CSJN, interpretando dicho texto, ha dicho que "los decretos reglamentarios del poder administrador pueden apartarse de la estructura literal de la ley, siempre que se ajusten al espíritu de la misma; el texto legal es susceptible de ser modificado en sus modalidades de expresión, siempre que ello no afecte su acepción sustantiva"(Fallos: 151: 5; 151:33). Esta declaración fue reiterada por la CSJN través de toda su actuación, estableciendo, en unos casos, que la disposición constitucional había sido respetada y que en otros había sido vulnerada (Fallos: 178:224; 182:244; 183:117; 199:442; 200:194; 220:136; 232:287; tomo 241:384; 246:221). Asimismo, los reglamentos de "ejecución" tienen el siguiente límite virtual o implícito: que la ley respectiva, por la materia de que se trate, sea de aplicación por el órgano Ejecutivo. Aparte de los expresados límites específicos propios de cada uno de los distintos reglamentos, existen límites generales aplicables a todos ellos. Tales límites, en lo esencial, son los siguientes: a) Al emitir un reglamento, el órgano Ejecutivo debe respetar la llamada "reserva de la ley", en cuyo mérito ha de abstenerse de estatuir sobre materias reservadas a la competencia del legislador. En ese orden de ideas, no podría establecer impuestos, configurar delitos y establecer penas, organizar los tribunales (orden jurisdiccional y competencia), etcétera. b) Otro límite general, de muy fundamental importancia, consiste en que el reglamento no puede estatuir contra los principios generales del derecho, uno de los cuales es el de la "irretroactividad" de la norma. De modo que los reglamentos no pueden tener efecto "retroactivo", no sólo respecto a disposiciones legales, sino también respecto a otras disposiciones reglamentarias. Sólo la "ley" puede tener, excepcionalmente, carácter retroactivo. Los reglamentos sólo disponen para el futuro ..." (Marienhoff, Miguel S.: Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, ABELEDO PERROT N°: AP/DOC/2313/2012). En el mismo orden de ideas, “La propia Constitución fija el límite específico de estos reglamentos, al determinar que ellos no pueden alterar el espíritu de la ley reglamentada con excepciones reglamentarias, lo cual no obsta para que, como ha interpretado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, puedan si contener apartamientos literales que no comprometan la sustancia de la ley” (Comadira J.-Escola H: Ob. Cit, pág. 43).

[33] Hemos señalado que conforme al art. 124 de la CN y art. 1 de la LC, los yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos situados en el territorio de la República Argentina y en su plataforma continental pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado nacional, de los Estados provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según el ámbito territorial en que se encuentren.

[34] Por ejemplo el Decreto n° 1162 del Poder Ejecutivo de la Provincia del Neuquén, del 18 de julio de 2013, publicado en el Boletín Oficial de la Provincia el 19 de julio de ese mismo año, que adhiere sin más al Régimen.

[35] Artículo 14 de la CN: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su

propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender”.

[36] Artículo 75, inc. 22), de la CN: “22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.”.

[37] Nos remitimos a nota a pie de página n° 3 donde exponemos breve y conceptualmente nuestra crítica opinión sobre el Decreto 1277.

[38] Mencionamos, sin limitación, los aspectos promocionales tributarios al amparo de los arts. 75, incs. 12), 18), y ccs. de la CN.

[39] La LFH refiere al factor inversión en sendas disposiciones (arts. 6, 14, 20, 31, 32, 47, 56, 57, 58, 80 -inc. c)-, 99, 102, entre otros), lo cual denota la relevancia central y estructural que ella tiene en el desarrollo de la actividad hidrocarburífera.

[40] La última parte del art. 5 de la LFH se refiere expresamente al factor riesgo, al establecer respecto de los titulares de los permisos y de las concesiones que: “... serán de su exclusiva cuenta los riesgos propios de la actividad minera”.

[41] En ese orden, no resulta ocioso recordar que la Nota de Elevación reflejaba lo precedentemente señalado al describir elocuentemente 47 años atrás que “el régimen tributario de los permisos de exploración y de las concesiones de explotación, ..., responden a principios que se fundan en las características privativas del quehacer minero de los hidrocarburos. La extensión temporal de la prestación de que se hace cargo los particulares (largo plazo) e igualmente la circunstancia de que asumen el riesgo minero (alto riesgo), legitiman plenamente la permanencia de la ecuación económica de la explotación durante el término en que tiene vigor los derechos mineros. Además, las cuantiosas inversiones (capital intensivo) que exigen estas actividades solo resultan factibles en la medida que exista una razonable expectativa de una justa rentabilidad” (Pigretti E.: Ob. Cit., pág. 367).

[42] Destacamos, por un lado, que el déficit energético generó un desequilibrio fiscal macroeconómico en la República Argentina, dado el volumen de divisas que han sido remitidas al exterior en los últimos siete u ocho años para adquirir e importar combustibles líquidos y gas (incluyendo el gas natural licuado). Por otro lado, resulta paradójico que el autoabastecimiento perseguido por la Ley YPF, y perdido en la segunda mitad de la pasada década (a partir de los años 2.006 y 2.007), era invocado en el año 1.967 como objetivo a alcanzar, en la Nota Elevación, de la siguiente manera: “Los principios adoptados por este proyecto de

ley destinado al autoabastecimiento petrolero, no responden a especulaciones teóricas, sino a las conclusiones de un objetivo examen de la realidad económico-financiera de la República y de las circunstancias de hecho que, en lo interno y en lo internacional, condicione la explotación de los yacimientos de hidrocarburos” (Pigretti E.: Ob. Cit., pág. 362).

[43] Conf. arts. 2 de la LFH, 3, último párrafo, de la LC y 2 de la Ley YPF.

[44] Sin dejar de considerar la conveniencia y necesaria determinación legal por el Congreso de la Nación de los presupuestos mínimos ambientales para la actividad hidrocarburífera en el marco del art. 41 de la CN.