

**LA PROPIEDAD DE LOS YACIMIENTOS DE HIDROCARBUROS  
SU RELACION CON LAS POTESTADES NACIONALES Y  
PROVINCIALES**

(Cuestiones que se suscitan tras la Reforma Constitucional de 1994)

Sumario

I. EL DOMINIO ORIGINARIO DE LOS RECURSOS NATURALES. 1. Introducción. 2. Antecedentes del artículo 124 de la Constitución Nacional. 3. Análisis del artículo 124 de la Constitución Nacional. A. Doctrina y jurisprudencia. B. La Convención constituyente de 1994. C. Las minas y, específicamente, los yacimientos de hidrocarburos no pertenecen al dominio público. D. La titularidad del dominio originario de los recursos naturales pertenece, en principio, a las Provincias y solo excepcionalmente al Estado Nacional. II. REPARTO DE POTESTADES PUBLICAS EN MATERIA DE HIDROCARBUROS. 1. Poderes provinciales inherentes a la titularidad del dominio originario y al ejercicio de la policía. 2. Facultades de la Nación para regular las relaciones jurídicas en materia de hidrocarburos. 3. Evolución del derecho positivo nacional: la armonización entre las competencias nacionales y provinciales. III. NATURALEZA Y ALCANCE DE LOS DERECHOS DE LOS PARTICULARES EN MATERIA DE YACIMIENTOS DE HIDROCARBUROS Y SU EXPLOTACION. 1. Breve descripción del sistema de la ley 17.319. 2. Naturaleza de los derechos conferidos a los titulares de permisos o concesiones de hidrocarburos. IV. DIVERSAS HIPÓTESIS DE REVERSIÓN AL ESTADO DE LA ACTIVIDAD DE EXPLOTACION DE LOS HIDROCARBUROS. 1. Estatización mediante reforma de la legislación vigente. 2. Expropiación de los permisos y concesiones otorgados. 3. Revocación de los permisos y concesiones en marcha. 4. Compra por el Estado de los títulos de exploración o explotación conferidos. V. CONCLUSIONES.

**I. EL DOMINIO ORIGINARIO DE LOS RECURSOS NATURALES**

***1. Introducción***

El tema del dominio originario ha cobrado actualmente, en nuestro país, una gran complejidad e importancia económica al proyectarse sobre el régimen patrimonial que regula la titularidad y explotación de los recursos naturales, en particular de los yacimientos de hidrocarburos.

En efecto, a raíz de la reforma constitucional de 1994 se han suscitado una serie de cuestiones interpretativas que resulta necesario dilucidar para conocer, con un mínimo grado de certeza, cuál es el actual *status* jurídico que corresponde al dominio de los yacimientos de hidrocarburos.

La dilucidación de esas cuestiones interpretativas constituye el punto de partida para resolver lo concerniente al régimen jurídico que acompaña a la propiedad hidrocarburífera y tienen trascendencia para la adopción de las decisiones que deberían tomarse de cara a un cambio (radical o progresivo) de la política petrolera del país (v. gr. nacionalización o estatización de yacimientos y/o empresas).

Como es sabido, la mencionada reforma constitucional agregó un último párrafo al artículo 124, prescribiendo que “*corresponde a las Provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio*”.

Para comprender el significado de dicha cláusula constitucional, hay que remontar el curso de las concepciones jurídicas y efectuar el análisis de los cambios legislativos ocurridos en la materia.

Ante todo, corresponde advertir que la figura “dominio originario”, que recoge el art. 124 de la C.N., proviene del Derecho Minero<sup>1</sup>, lo cual remite –en primer lugar- a esta rama del derecho para desentrañar el sentido y alcance del precepto constitucional. Pero, como se verá seguidamente, el marco positivo y doctrinario del derecho minero se integra con un conjunto de principios y normas de derecho público pertenecientes tanto al derecho constitucional como al administrativo.

Por lo demás, otra circunstancia adicional que dificulta el esclarecimiento de la mencionada figura es el hecho de que la técnica jurídica que utiliza el derecho privado no siempre ha distinguido con precisión la propiedad del dominio ni tampoco el derecho real del dominio del derecho real administrativo (que es el que tienen los particulares sobre dependencias del dominio público).

En lo que sigue vamos a partir de los antecedentes de la cláusula constitucional confrontándola con los conceptos básicos a través de la caracterización de las diferentes figuras relacionadas –directa o indirectamente- con la materia objeto de este estudio.

## ***2. Antecedentes del artículo 124 de la Constitución Nacional***

---

<sup>1</sup> PRIETO, Hugo N., “El dominio de los recursos naturales. La titularidad de las provincias y sus consecuencias en materia de hidrocarburos”, LL Sup. Const., 20 de septiembre de 2005, p. 11.

Los principios del regalismo, que formaron parte de la concepción que imperó en los comienzos de nuestra organización constitucional, se basaban en la regla que prescribía que las minas “*son del Rey*”, cuya propiedad se transfirió a la Nación por ser ésta la continuadora de los derechos de la Corona de España, a quien correspondía el llamado dominio eminente<sup>2</sup>.

En ese sentido, el Estatuto de Hacienda y Crédito de la Confederación, dictado en diciembre de 1853, dispuso la aplicación de las Ordenanzas de Nueva España (Méjico) de 1783, las que asignaban al soberano el dominio eminente de las minas, en tanto que el dominio útil era reconocido a los particulares<sup>3</sup>.

La Reforma Constitucional de 1860 y el Código de Minería<sup>4</sup> prescribieron la caducidad del Estatuto en cuestión. Así, el artículo 7º del ese Código, concordando con lo establecido en el inciso 2º del artículo 2432 del Código Civil, dispone que las minas son bienes privados de la Nación o de las Provincias, según el territorio en que se encuentren.

En esas condiciones, la propiedad provincial sobre las minas en su territorio se mantuvo estable, hasta que la Constitución de 1949 dispuso que “*los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas, y las demás fuentes de energía, con excepción de los vegetales, son propiedades imprescriptibles e inalienables de la Nación, con la correspondiente participación en su producto, que se convendrá con las provincias*<sup>5</sup>”. Esta Constitución fue más tarde dejada sin efecto, acto que fue confirmado en la reforma constitucional de 1957.

Específicamente, con relación al tema de los hidrocarburos, cabe recordar que, durante un largo período de tiempo, la ley atribuyó al Estado Nacional la titularidad exclusiva, inalienable e imprescriptible de los mismos, a la que, mediante la ley 14.773, se sumó el monopolio de la explotación, dejado de lado

---

<sup>2</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, “La propiedad de los yacimientos de hidrocarburos”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 1991, p. 8 y ss., también publicado en ED 145-857. URIBURU MICHEL, Francisco M., “Los derechos de las provincias a las minas de su territorio”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1991, publicado en la Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, Buenos Aires 1997, t. VII, p. 7116 y ss.

<sup>3</sup> Fallos: 301: 341, especialmente p. 367.

<sup>4</sup> URIBURU MICHEL, Francisco M., “Los derechos de las provincias a las minas de su territorio”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1991, publicado en la Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, Buenos Aires 1997, t. VII, p. 7116 y ss. Ver: OYHANARTE, Julio “Régimen Constitucional de las Fuentes de Energía”, LL 88- 863.

<sup>5</sup> GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina- Comentada y Concordada*, La Ley, 2º ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, 2003, p. 864 y ss.

con la sanción del decreto- ley 17.319/67, que admitió la posibilidad de otorgar concesiones<sup>6</sup>.

La discusión vinculada al llamado dominio originario de los recursos naturales recobró vigencia a raíz de lo acordado en el Pacto de Luján, celebrado el 24 de mayo de 1990 entre el Presidente de la República y los gobernadores provinciales, al reconocerse el dominio y jurisdicción de las Provincias sobre determinados recursos naturales<sup>7</sup>.

A su vez, el *status* legal descripto cambió nuevamente tras la sanción de la ley 24.145 que transfirió el dominio de los yacimientos de hidrocarburos del Estado Nacional a las Provincias, debiéndose entender que, conforme a lo que se verá a continuación, dicha transferencia se refirió al llamado “dominio originario”.

En ese escenario aconteció la reforma constitucional de 1994 que sancionó el artículo 124, en el cual se introdujo definitivamente el concepto de dominio originario utilizado antes en el Código de Minería (art. 10) e implícitamente comprendido en la ley 24.145.

### **3. *Análisis del artículo 124 de la Constitución Nacional***

#### **a. *Doctrina y jurisprudencia***

##### **a.1 *El dominio minero***

Se ha señalado que la dominialidad del Estado sobre las minas ha tenido diversos alcances, según se trate de la expresión de la soberanía estatal relativa a las cosas ubicadas en su territorio o represente la manifestación del poder real que el mismo ejerce sobre las cosas<sup>8</sup>. Sobre el punto, existen pues, básicamente, dos teorías acerca de la dominialidad minera: la teoría positiva y la teoría negativa o del dominio eminente<sup>9</sup>.

La teoría primeramente enunciada implica un concepto de dominio real, con alcances jurídicos parecidos al derecho de propiedad. En cambio, la segunda considera que las minas son *res nullius*, y que, por

---

<sup>6</sup> Fallos: 301: 341.

<sup>7</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, “La propiedad de los yacimientos de hidrocarburos”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 1991, p. 8 y ss., también publicado en ED 145-857.

<sup>8</sup> CATALANO, Edmundo F., *Código de Minería Comentado*, Zavalía, Buenos Aires, 1999, p. 60 y ss.

<sup>9</sup> CATALANO, Edmundo F., *Código de Minería Comentado*, Zavalía, Buenos Aires, 1999, p. 60 y ss.

lo tanto, no tienen dueño originario, surgiendo como única atribución del Estado la tutela del patrimonio minero, al sólo efecto de vigilar la constitución legal de derechos privados sobre las minas y custodiar el interés público de producción<sup>10</sup>.

Tal análisis, sin embargo, implica una simplificación del problema que plantea la dominialidad minera a la luz del concepto de dominio originario, como se verá más adelante. Dicha postura no resiste el *test* de razonabilidad habida cuenta que, con anterioridad a las Provincias, la propiedad minera pertenecía al Rey, al soberano. En consecuencia, si en el sistema regalista estaban disociadas la propiedad del Rey (por ello se denominaba regalía), la potestad de otorgar concesiones y el derecho real de dominio privado, los derechos de las Provincias no serían originarios sino derivados, en el sentido antes expuesto.

#### *a.2 Dominio eminente, dominio civil y dominio útil*

Buena parte de la doctrina divide la propiedad en dominio eminente y dominio civil. Así, mientras que el Estado tiene el derecho de reglamentar las condiciones y las cargas públicas de la propiedad privada, el mismo no posee un verdadero derecho de propiedad respecto de los bienes que se encuentran en su territorio, sino que conserva un poder de legislación, jurisdicción y contribución<sup>11</sup>, del cual surge el sometimiento de los propietarios a las restricciones impuestas en interés público, y de contribuir a los gastos necesarios a la existencia o al mayor bien del Estado<sup>12</sup>.

Al respecto, en el dictamen de la causa “Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Provincia de Mendoza y otros s/ nulidad de concesión minera” de fecha 3 de mayo de 1979, el entonces Procurador General, Dr. Guastavino, señaló que el dominio provincial sobre las minas no es el dominio del Código Civil, sino el dominio eminente propio del sistema regalista, y es así que las Provincias no pueden explotar los bienes por sí mismas, debiendo conceder la propiedad útil a los particulares<sup>13</sup>.

En ese contexto, se ha sostenido que el dominio eminente es algo así como un poder supremo vinculado a la noción de soberanía interna que, potencialmente, se ejerce sobre los bienes situados dentro del Estado,

---

<sup>10</sup> CATALANO, Edmundo F., *Código de Minería Comentado*, Zavalía, Buenos Aires, 1999, p. 60 y ss.

<sup>11</sup> Véase: MOLINARIO, Alberto D., “Derecho Patrimonial y Derecho Real”, La Ley, Buenos Aires 1965, p. 118 y ss.

<sup>12</sup> Nota al art. 2507 del Código Civil.

<sup>13</sup> Fallos: 301: 341.

ya se trate del dominio privado o público del mismo, o de la propiedad de los particulares. Se trata, en suma, de una *potestas* y, en este sentido, es una facultad de legislación sobre las personas y los bienes, no reconociendo como expresión de soberanía interna otras limitaciones que las preceptuadas en el ordenamiento constitucional<sup>14</sup>.

Si bien la pareja de conceptos que definen al dominio eminente y al dominio útil guardan alguna simetría, este último también ha sido empleado, en el ordenamiento civil, con un sentido diferente. En tal sentido, el 2661 del Código Civil prescribe: "*Dominio imperfecto es el derecho real (...) reservado por el dueño perfecto de una cosa que enajena solamente su dominio útil*".

De acuerdo a esa inteligencia, el dominio imperfecto se configura cuando no tiene perpetuidad, por encontrarse sometido a una condición o a un plazo resolutorio, o por estar gravado con un derecho real a favor de un tercero<sup>15</sup>.

Dentro de los casos del dominio imperfecto, se encuentra el del dominio desmembrado, que implica el traslado de facultades de un dominio reservado a un dominio útil, habiéndose este último caracterizado -en el derecho civil- como un derecho de disfrute que se ejerce por la posesión sobre cosa ajena<sup>16</sup>.

### *a.3 Dominio eminente y dominio originario*

A los fines de la cuestión hermenéutica que plantea el Art. 124 de la C.N., resulta de utilidad diferenciar la noción de dominio eminente de la referida al dominio originario.

En ese sentido, se ha dicho que el dominio originario es el derecho que pertenece desde el origen o descubrimiento de la cosa a una persona física o jurídica, a diferencia del dominio derivado que reconoce la existencia de un dueño anterior.

En cambio, el llamado dominio eminente, que traduce el derecho de tutela o jurisdicción, es aquel que el Estado posee sobre todas las cosas

---

<sup>14</sup> MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, 4º ed. actualizada, Buenos Aires, 1998, t. V p. 38.

<sup>15</sup> LLAMBÍAS - ALTERINI, *Código Civil Anotado*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981, t. IV- A, p. 302.

<sup>16</sup> BUERES - HIGHTON, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Hammurabi, Buenos Aires, 1997, t. 5, p. 514. LLAMBÍAS- ALTERINI, *Código Civil Anotado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981, t. IV- A, p. 472.

ubicadas en su territorio, vinculado a la soberanía que ejerce y no a la propiedad, en virtud del cual, como representante del interés público, puede reglar jurídicamente el destino de las cosas aunque no pertenezcan a su patrimonio<sup>17</sup>.

El punto de conexión entre dominio eminente y el dominio originario se encuentra en el hecho de que ambos son atributos de la soberanía. Sin embargo, el dominio eminente se ejerce en forma genérica sobre todos los bienes y personas que se encuentran en el territorio, en el momento en que el Estado lo considera oportuno, mientras que el dominio originario es ejercido de manera continua<sup>18</sup>.

En estas condiciones, puede advertirse que el derecho de propiedad minera reconoce un dominio originario en manos del Estado, el cual se desmembra al otorgar el derecho de “*propiedad minera*” a los particulares. Este último sería un dominio útil o derecho de explotación, mediante un acto de imperio, que no implica la extinción de su dominio originario, el cual es anterior a la propiedad minera, coexiste con ella y subsiste a su caducidad<sup>19</sup>.

Así, las minas pertenecen al patrimonio originario del Estado o de las Provincias, mientras que la propiedad minera que adquieren los particulares está sometida a la potestad estatal, por distintas causas<sup>20</sup>.

Por su parte, con relación a la atribución constitucional del dominio originario de los recursos naturales a las Provincias, una doctrina que juzgamos errónea sostiene que ello conduce a adoptar la concepción positiva de la dominialidad minera como un derecho real de dominio, con alcances jurídicos semejantes al derecho de propiedad<sup>21</sup>.

Resulta trascendente advertir que, también, se ha sostenido que existe equivalencia entre los conceptos de dominio originario y de

---

<sup>17</sup> Cfr. VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, TEA, Buenos Aires, 1952, t. IV, p. 13. CATALANO, Edmundo F., *Código de Minería Comentado*, ZAVALÍA, Buenos Aires, 1999, p. 63.

<sup>18</sup> VALLS, Mario F., *Recursos Naturales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, t. 1, p. 85 y ss.

<sup>19</sup> VALLS, Mario F., *Recursos Naturales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, t. 1, p. 85 y ss.

<sup>20</sup> VALLS, Mario F., *Recursos Naturales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, t. 1, p. 85 y ss. Ver: GONZALEZ, Joaquín V., *Obras completas*, Buenos Aires, t. IV, p. 205.

<sup>21</sup> PRIETO, Hugo N., “El dominio de los recursos naturales. La titularidad de las provincias y sus consecuencias en materia de hidrocarburos”, LL Sup. Const., 20 de septiembre de 2005, p. 11. Asimismo, ver: HERNÁNDEZ, Antonio M., *Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Depalma, 1997, p.114, nota 158, y QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Zavallía, Buenos Aires, 1996, p. 711.

dominio eminente, contraponiéndose al dominio derivado, al dominio útil o derecho de explotación. En este orden, el dominio eminente ha sido concebido como un derecho de propiedad, en el sentido del derecho privado<sup>22</sup>.

Dentro de esta postura se ha dicho que la falta de recepción del concepto de *dominio eminente*, en las leyes mineras nacionales, ha provocado la confusión o mala interpretación de las prescripciones sobre dominio minero<sup>23</sup>.

A su vez, con arreglo al dictamen del Procurador General de la Corte Suprema, Doctor Elías P. Guastavino, y a lo resuelto por la sala 4º de la Cámara en lo Civil y Comercial de Rosario en autos “Rosario Rowing Club” (en cuanto a que el dominio originario importa una potestad de disposición y de percibir regalías con sujeción a un ordenamiento fundamental), se ha considerado que el concepto de dominio originario de las Provincias podría caracterizarse como una manifestación del regalismo o del dominio eminente<sup>24</sup>.

#### *a.4 Dominio y jurisdicción*

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<sup>25</sup>.

En el mismo sentido, con independencia del dominio originario reconocido a las Provincias, los artículos 121, 126 y 75 inciso 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<sup>26</sup>.

#### *a. El dominio originario sobre el mar territorial. Condición jurídica de la denominada Zona Económica Exclusiva*

---

<sup>22</sup> MARTÍNEZ, Víctor H. “El dominio eminente”, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba 1998, Disertación realizada en la sesión privada del 4 de agosto de 1998, t. XXXVII, p. 233 y ss.

<sup>23</sup> MARTÍNEZ, Víctor H. “El dominio eminente”, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba 1998, Disertación realizada en la sesión privada del 4 de agosto de 1998, t. XXXVII, p. 233 y ss.

<sup>24</sup> SARAVIDA, Luis Adolfo, “El petróleo y las provincias”, LL 1999- B- 1182.

<sup>25</sup> DE SIMONE, Orlando, “El dominio originario de los recursos naturales”, LL 1997-C-1440.

<sup>26</sup> AHUMADA, Horacio, “La ley de protección ambiental para la minería N° 24.585- El Código de Minería y la Constitución Nacional,” LL 1996- E- 1361.



El alcance del mar territorial ha sido establecido de manera uniforme para todos los Estados por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, celebrada en Montego Bay, en 12 millas marinas medidas a partir de las líneas de base <sup>27</sup> que establece dicha Convención (art. 3). En ese espacio marítimo el Estado ejerce con plenitud su soberanía, con arreglo a las prescripciones de la citada Convención y otras normas del derecho internacional (art. 2 ap. 3). Por otra parte, de acuerdo al ordenamiento interno el mar territorial integra el dominio público (art. 2340 inc. 1 del Cód. Civil).

No obstante que la Convención, al ser ratificada por la ley 24.543, posee jerarquía superior a las leyes (art. 75 inc. 22 de la C.N.) dado que ella comprende al Estado Nacional como sujeto del Derecho Internacional vinculado por sus normas corresponde armonizar su preceptiva con el art. 124 de la C.N.. En tal sentido, la ley 18.502 que fijó el dominio provincial sobre el mar territorial en un espacio de 3 millas marinas debe considerarse derogada institucionalmente por el juego del referido precepto constitucional y lo prescripto por la Convención sobre el Derecho del Mar. En consecuencia, el dominio de las Provincias sobre el mar territorial se extiende a 12 millas marinas medidas en la forma antes indicada. En cualquier caso, también podría sostenerse que la ley 18.502 fue derogada expresamente por la ley 24.922 (art. 72) aún cuando este argumento podría cuestionarse sobre la base de que los alcances de tal derogación no son generales sino que se circunscriben a la materia que, de modo especial, regula la citada ley.

En cambio, tanto en la zona adyacente o contigua (24 millas marinas) como en la Zona Económica Exclusiva (200 millas marinas) no hay dominio originario de las Provincias sino derechos de soberanía a favor de los Estados signatarios de la Convención, los que comprenden la explotación de los recursos naturales (tanto vivos como no vivos) y la producción de energía derivada del agua y de los vientos (art. 56 ap. 1 inc. a.). Al propio tiempo, el Estado Nacional ejerce jurisdicción, entre otras cosas, para el establecimiento y utilización de islas artificiales y la protección del medio marino (art. 56 ap. 1, inc. 2).

*b. La Convención constituyente de 1994*

A esta altura del análisis que venimos efectuando se advierte que el artículo 124 de la Constitución Nacional exhibe una suerte de mutismo constitucional ya que, a pesar de reconocer a las Provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en sus territorios, no especificó

---

<sup>27</sup> Es la línea de bajamar a lo largo de la costa (art. 5).

el contenido del concepto, lo cual se tornaba imprescindible frente al abanico de variantes interpretativas que habían surgido tanto en el campo de la doctrina como en el ámbito de la jurisprudencia<sup>28</sup>.

En el debate de la Convención, tan confuso y desordenado como contradictorio, se expusieron dos tesis centrales.

La primera, sostuvo que corresponde a las Provincias el dominio eminente, entendido como aquel que tienen las Provincias respecto de los elementos que se encuentran dentro de su territorio, a diferencia del dominio originario concebido como aquel que se posee sobre los recursos que la Provincia o la Nación conceden para su explotación por un tiempo determinado o, en el caso de las minas, hasta su agotamiento, manteniendo el Estado la tutela que permite recuperar su dominio si el concesionario no cumple con sus obligaciones<sup>29</sup>. En esta línea, no faltaron, incluso, quienes dudaron acerca de si el reconocimiento del dominio originario implicaba la negación del dominio privado<sup>30</sup>.

Por otro lado, hubo quienes sostuvieron la concepción de que el dominio originario equivalía al derecho real de dominio. Al respecto, se postuló que el dominio originario de los recursos naturales no podía ser referido a otra cosa que al *dominio patrimonial* sobre los mismos. De ese modo, se consideró que siendo el dominio un derecho real, en el correspondiente a los recursos naturales es un dominio de naturaleza patrimonial sobre ellos. Pero como no implica prescribir un sistema colectivista, dicho dominio, de público, se transfiere a la propiedad privada para que su explotación y aprovechamiento se efectúe en el mercado<sup>31</sup>.

c. Las minas y, específicamente, los yacimientos de hidrocarburos no pertenecen al dominio público

Los errores en que se incurrió al delimitar la propiedad de los recursos naturales y, en particular, la concerniente a los yacimientos de hidrocarburos<sup>32</sup>, al caracterizarlo como un patrimonio inalienable e imprescriptible, abrieron paso a que se interpretase que los respectivos bienes integraban el dominio público.

---

<sup>28</sup> Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, Buenos Aires 1997, t. VI, p. 5486 (NATALE, Alberto).

<sup>29</sup> Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, Buenos Aires 1997, t. VI, p. 5771, (DÍAZ ARAUJO).

<sup>30</sup> Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, Buenos Aires 1997, t. VI, p. 5769, (BATTAGIÓN).

<sup>31</sup> Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, Buenos Aires 1997, t. VII, p. 6975, (QUIROGA LAVIÉ).

<sup>32</sup> Art. 1, ley 17.319.

Sin embargo, ello no es así -ni puede llegar a serlo-, por cuanto la categoría del dominio público no se circunscribe únicamente a su calificación legal, siendo ésta sólo uno de los elementos que configuran la noción de dominio público.

En definitiva, si el dominio de los hidrocarburos se encuentra destinado a su explotación privada, no se configura a su respecto, al menos, el requisito teleológico<sup>33</sup>, traducido en el uso común por parte de la comunidad, uso al que están destinados los bienes que integran el dominio público, no obstante los beneficios que ello reporta para la economía general del país, como ocurre con cualquier otra actividad industrial o comercial. Por ello, no sería posible de hablar siquiera de un uso especial<sup>34</sup> que fuera compatible con el uso común.

Asimismo, carecería de sentido hablar de dominio público originario, ya que en tanto éste se integra con potestades y derechos económicos (*v. gr.*, el derecho a percibir regalías), es obvio que las primeras no son susceptibles de enajenación mientras los segundos sí, en su carácter de bienes privados de las Provincias o del Estado, según el caso.

*d. La titularidad del dominio originario de los recursos naturales pertenece, en principio, a las Provincias, y sólo excepcionalmente al Estado Nacional*

La prescripción contenida en el artículo 124 de la C.N. que atribuye a las Provincias la titularidad del dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio, no implica, como más adelante se puntualiza, que la persona jurídica Estado Nacional no pueda ser titular también del dominio originario de los recursos naturales aún cuando de modo excepcional y circunscripto al marco constitucional o internacional.

Una última cuestión se vincula al supuesto previsto en el artículo 75, inciso 30, de la Constitución Nacional, referido a los establecimientos de utilidad nacional en los que corresponde al Congreso ejercer una legislación exclusiva, sin que ello obste al ejercicio de los poderes de policía y tributarios de naturaleza local. Según los antecedentes constitucionales, dichos establecimientos son los adquiridos por la Nación por compra o cesión, en cualquiera de las Provincias, como prescribía el anterior artículo 67, inciso 27, antes de la reforma constitucional de 1994.

---

<sup>33</sup> Cfr. MARIENHOFF, Miguel, *op. cit.*, t. V p. 127 y ss.

<sup>34</sup> Véase: MARIENHOFF, Miguel, *op. cit.*, t. V p. 387 y ss.

Así, por ejemplo, el dominio originario de los recursos naturales corresponde, claramente, a la Nación en el caso de las áreas marítimas que, conforme al deslinde que resulta de la legislación vigente, están atribuidas a la órbita federal. Concretamente, a excepción del mar territorial cuyo dominio pertenece a las provincias respectivas, los recursos existentes en la Zona Contigua (que se extiende a partir de las doce millas marinas y hasta las veinticuatro millas marinas) y en la Zona Económica Exclusiva (cuyo límite coincide con las doscientas millas marinas) pertenecen al dominio originario del Estado Nacional, según resulta de la interpretación armónica de la legislación en vigor (conf. La ley 24.543, art. 56, y la ley 24.922, art. 4).

El artículo 2º de la ley 25.943, al otorgar a la sociedad estatal ENARSA “la titularidad de los permisos de exploración y de las concesiones de explotación sobre la totalidad de las áreas marítimas nacionales que no se encuentran sujetas a tales permisos o concesiones a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley”, corrobora lo expuesto en el párrafo anterior, en tanto exterioriza el ejercicio por el Estado Nacional de las potestades inherentes a la titularidad que le compete sobre las áreas del mar sujetas a su dominio originario.

A la luz de lo expuesto, queda evidenciado que los derechos de que resulta titular ENARSA no difieren, en cuanto a su estatus y naturaleza, de aquéllos que se encuentran en cabeza de cualquier otro permisionario de exploración o concesionario de explotación de hidrocarburos de carácter privado. Las facultades de la empresa se limitan al desarrollo de tareas de exploración o de explotación que deriven, respectivamente, de los permisos o de las concesiones que le han sido asignados, con el alcance previsto en la ley 17.319.

En tal sentido, la citada entidad no puede ejercer potestades análogas a las derivadas de la titularidad originaria de dichos recursos, como, por ejemplo, la de otorgar permisos o concesiones sobre los yacimientos referidos, la de disponer la revocación o caducidad de los derechos que resultan de tales títulos, la de percibir regalías, o la de ejercer el poder de policía sobre los recursos en cuestión. Nada hay, en efecto, en la ley de su creación, ni en las normas dictadas en su consecuencia, que permita inferir que ENARSA participa del ejercicio de tales poderes, y el sólo hecho de que se trate de una sociedad anónima de carácter estatal no altera esta conclusión.

## II. REPARTO DE POTESTADES PÚBLICAS EN MATERIA DE HIDROCARBUROS

### 1. *Poderes provinciales inherentes a la titularidad del dominio originario y al ejercicio de la policía*

En el año 1992, el Congreso de la Nación sancionó la ley 24.145, cuyo artículo 1º dispuso transferir el “*dominio público*”<sup>35</sup> de los yacimientos de hidrocarburos a las Provincias en cuyos territorios se encuentren. No obstante, salvo respecto de ciertos supuestos especiales<sup>36</sup>, el artículo 22 de la misma ley supeditó el perfeccionamiento de dicha transferencia al dictado de una ley tendiente a modificar, en lo pertinente, el régimen de la Ley de Hidrocarburos N° 17.319, hecho éste que todavía no se ha verificado.

Dos años después tuvo lugar la reforma de la Constitución Nacional cuyo artículo 124, segundo párrafo, sentó el principio de que “*corresponde a las Provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio*”.

En este sentido, resulta indudable que, a partir de 1994, el dominio de los yacimientos de hidrocarburos corresponde originariamente a las Provincias o a la Nación, según la condición jurídica del territorio en que estén ubicados.

Cabe preguntarse, pues, acerca de los poderes jurídicos que derivan de la titularidad del dominio originario de tales recursos.

Desde una perspectiva meramente patrimonialista, podría pensarse que a partir del dominio originario reconocido en la Constitución en favor de las Provincias, éstas gozarían de los poderes inherentes al contenido esencial del derecho real de dominio, el cual se resume en tres facultades, a saber: *ius utendi* (usar), *ius fruendi* (gozar) y *ius abutendi* (disponer) de la cosa sobre la cual recae dicho derecho, en nuestro caso, los hidrocarburos yacentes en territorio provincial.

Semejante conclusión, sin embargo, no se compece con las restricciones propias del derecho público que la legislación que gobierna la

---

<sup>35</sup> Se trata, obviamente, de un error legislativo pues debió decirse “dominio originario” ya que las minas y por extensión los yacimientos de hidrocarburos no integran el dominio público del Estado ni de las Provincias (arts. 2340 y 2342 del Código Civil).

<sup>36</sup> En efecto, el artículo 22, última parte, de la ley 24.145 dispuso que “*en las áreas cedidas a las Provincias en virtud de lo establecido en el Artículo 20 del Decreto N° 1.055 del 10 de octubre de 1989, la transferencia establecida en el Artículo 1º de la presente, se perfeccionará al momento de promulgarse esta ley*”. Asimismo, el artículo 1º de la propia ley estableció que para ciertas áreas otorgadas por entonces en concesión de exploración o explotación (individualizadas en los Anexos I, II y III de la ley), dicha transferencia tendría lugar a partir del vencimiento de los respectivos plazos legales o contractuales.

propiedad sobre las minas y sobre los yacimientos de hidrocarburos impone a su titular originario, limitaciones que han llevado a un sector de la doctrina a sostener que el dominio minero (y, por ende, el de los hidrocarburos) no es asimilable al dominio privado del Código Civil, sino que participa en mayor medida de las características del dominio público –aun cuando, según ya se dijo, no lo integran-, en tanto se le aplicarían –entre otras cosas- las reglas de la inalienabilidad e imprescriptibilidad que rigen para este último<sup>37</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, desde la perspectiva *iuspublicista* en la que se inscribe la cuestión, es también posible reconocer en cabeza del titular del dominio originario de los recursos naturales la facultad de dar en concesión los bienes involucrados y, por ende, la de emitir los actos administrativos de ejecución ordenados al pleno aprovechamiento de los mismos. En tal sentido, la doctrina ha atribuido a las autoridades provinciales la potestad exclusiva de conocer en el otorgamiento, revocación o caducidad de los permisos de exploración y en las concesiones de explotación de los bienes de su dominio originario<sup>38</sup>.

En tercer lugar, deriva también de la titularidad del dominio originario de los recursos naturales el derecho de las Provincias (o, en su caso, de la Nación) a percibir las regalías debidas por quien se beneficia con la explotación de los yacimientos respectivos<sup>39</sup>.

Y cabe hacer referencia, por último, a las potestades provinciales tendientes a la protección del orden público y demás valores de naturaleza local en el ámbito de sus territorios. Como se sabe, la policía comporta una materia concurrente, en tanto la Nación y las Provincias deben velar por la tutela de los distintos aspectos del orden público dentro de sus respectivas órbitas. De allí la posibilidad de que las autoridades provinciales dicten normas o actos destinados a resguardar, dentro de los límites de su territorio, la salubridad, la seguridad o el medio ambiente contra las amenazas que pudieran provenir del ejercicio de la actividad hidrocarburífera.

Se advierte, así, que las facultades de las Provincias en esta materia emanan no sólo de la titularidad del dominio originario de los recursos naturales que el artículo 124 de la Constitución les reconoce, sino también del poder de

---

<sup>37</sup> En este sentido, ver CATALANO, Edmundo F.; *Código de Minería comentado*, Zavalía, Buenos Aires, 1999, págs. 64 y ss. Sin embargo, resulta más acertado sostener que se trata de un derecho real administrativo, véase al respecto: GONZALEZ PEREZ, Jesús, “Los derechos reales administrativos”, Civitas, Madrid 1975, p. 29 y ss.

<sup>38</sup> CATALANO, Edmundo F.; *Código de Minería comentado*, cit., págs. 24-25.

<sup>39</sup> Conf. PRIETO, Hugo N.; “El dominio de los recursos naturales. La titularidad de las Provincias y sus consecuencias en materia de hidrocarburos”, LL (Sup. Const. 2005, septiembre).

policía que –en forma concurrente con la Nación- poseen para la protección del orden público dentro de los límites de su territorio.

## **2. *Facultades de la Nación para regular las relaciones jurídicas en materia de hidrocarburos***

No hay duda entonces, de acuerdo con el texto constitucional, que el dominio originario de los yacimientos de hidrocarburos corresponde a las Provincias o a la Nación, según el territorio en que los mismos estén situados. Sin embargo, no cabe decir lo mismo respecto de la jurisdicción, entendida como potestad de dictar todas las normas necesarias para regular las relaciones jurídicas que nacen del uso y aprovechamiento de tales recursos.

Ya indicó, en su momento, la Corte Suprema que *"dominio y jurisdicción no son conceptos equivalentes ni correlativos, pues bien pueden existir uno sin la otra. Así la jurisdicción sobre las playas y riberas, que no importa el dominio nacional sobre ellas, así la que se ejerce sobre establecimientos nacionales ubicados en inmuebles no adquiridos y así el dominio privado del Estado general en bienes situados en las Provincias y sobre los cuales no ha fundado obras o establecimientos de utilidad nacional: en éstos hay dominio y no jurisdicción"*<sup>40</sup>.

Esta falta de coincidencia que por momentos se observa entre los titulares del dominio y de la jurisdicción ha llevado a la doctrina a señalar que mientras que el dominio recae sobre las cosas, la jurisdicción se ejerce sobre las relaciones<sup>41</sup>.

En lo que hace al deslinde entre dominio y jurisdicción en materia de recursos naturales, la cuestión fue objeto de debate en el seno de la Convención Constituyente de Santa Fe. Quienes en ese marco bregaban por atribuir jurisdicción sobre tales recursos también a las Provincias dentro de cuyos límites tales bienes estuvieren localizados, lo hacían con el argumento de que *"si al dominio le quitamos la jurisdicción, queda absolutamente vacío"*<sup>42</sup>. No faltaron, incluso, quienes propusieron incorporar de manera expresa en la norma la

---

<sup>40</sup> Fallos 154:312.

<sup>41</sup> Conf. FRÍAS, Pedro; *Introducción al Derecho Público Provincial*, Parte Tercera "Dominio y Jurisdicción de la Nación y las Provincias", editorial Depalma, Buenos Aires, 1980, págs. 169-170, citado por SARAVIA, Luis A. , "La cláusula de la prosperidad y la ley de inversiones mineras", LL 1998-B, pág. 1130.

<sup>42</sup> Tal fue el caso, entre otros, de Richard Gustavo Bataggion, convencional por la Provincia de Mendoza (ver Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 24ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 4 de agosto de 1994, pág. 3210 y ss.).

alusión a que la jurisdicción en materia de recursos naturales quedaba en manos de las Provincias<sup>43</sup>, propuesta ésta que no tuvo acogida.

La posición que se impuso, sin embargo, fue la contraria, en tanto la mayoría se orientó en el sentido de interpretar 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. Por ende, de cara al texto de la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Congreso Nacional la facultad de reglar las relaciones jurídicas que nacen del uso y del aprovechamiento de los recursos naturales<sup>44</sup>.

Tal es, pues, la conclusión a que arribó la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de la interpretación de la facultad de dictar el Código de Minería que nuestra Ley Suprema, en su artículo 75, inciso 12, atribuye al Congreso Nacional<sup>45</sup>.

La doctrina especializada, por su parte, enfatiza este rasgo del régimen constitucional, postulando que los recursos mineros se encuentran sometidos en forma exclusiva a la legislación del Congreso nacional, *“el que puede disponer, sin limitación alguna, salvo las que derivan de la propia Constitución, respecto al final destino de estos bienes, o sea, el régimen de su concesión o explotación”*<sup>46</sup>. En virtud, pues, de esta jurisdicción legislativa en favor de la Nación estatuida por el constituyente, se sostiene que *“corresponde al Congreso establecer el régimen jurídico de explotación de los recursos minerales en todo el país, prohibiendo a las Provincias hacerlo, una vez que ese régimen haya sido establecido”*, siendo de su exclusiva competencia *“1. Determinar las distintas*

---

<sup>43</sup> Así, el convencional Antonio Achem sugirió agregar, con alusión a las Provincias, la frase siguiente: *“Ejercen la jurisdicción sobre todas estas materias”* (Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 28ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 10 y 11 de agosto de 1994, pág. 3871). Otra moción semejante fue planteada por la convencional Cristina Fernández de Kirchner, quien propuso dar a la cláusula constitucional la siguiente redacción: *“Las Provincias tienen el dominio y la jurisdicción de su territorio y de los recursos naturales de su suelo, subsuelo, ríos, mar, costas, lecho, plataforma continental y espacio aéreo, con excepción de los que correspondan al dominio privado”* (Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 28ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 10 y 11 de agosto de 1994, pág. 3862).

<sup>44</sup> Conf. DE SIMONE, Orlando, “El dominio originario de los recursos naturales”, LL 1997-C-1440, y “Los hidrocarburos y el medio ambiente. Los artículos 41 y 124 de la Constitución Nacional”, LL 1998-C-1288. Ampliar en SARAVIA, Luis A., “La cláusula de la prosperidad y la ley de inversiones mineras”, LL 1998-B-1130, y “El petróleo y las Provincias”, LL 1999-B-1182. Este autor señala que *“si bien con arreglo al último párrafo del art. 124 de la Constitución Nacional, las Provincias son titulares del dominio originario de los yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos existentes en sus territorios, la jurisdicción sobre los mismos, entendida como la potestad para legislar sobre ellos, corresponde al Congreso de la Nación”*. Asimismo, ver: AHUMADA, Horacio, “La Ley de protección ambiental para la minería N° 24.585”, LL 1996-E-1361; y CORNEJO COSTAS, Carlos, y BOSCH, Fernando A. (h), “El régimen actual de regalías en el Derecho Minero Argentino ¿cuestión de federalismo o de conveniencia nacional?”, ED 175-873.

<sup>45</sup> Conf. Fallos 301:341.

<sup>46</sup> Conf. CATALANO, Edmundo F.; *Código de Minería comentado*, cit., pág. 24.



*categorias de minas, respetando las bases del dominio originario fijadas en la Constitución. 2. Establecer las condiciones legales bajo las cuales será permitida su exploración y explotación. 3. Reglar las demás relaciones de derecho público y privado que son consecuencia de la explotación y el trabajo de las minas”<sup>47</sup>.*

### **3. Evolución del derecho positivo nacional: la armonización entre las competencias nacionales y provinciales**

A la luz de lo expuesto, la situación relativa al deslinde de las atribuciones nacionales y provinciales sobre los recursos hidrocarburíferos es, cuanto menos, ambigua. Más allá de la distribución teórica antes expuesta, la dinámica de las potestades comprendidas desemboca en un escenario donde los puntos oscuros o dudosos no son pocos<sup>48</sup>.

Por de pronto, la titularidad del dominio originario de los hidrocarburos reconocida por el constituyente en favor de las Provincias no altera la notoria ausencia de instrumentos legales apropiados que habiliten a éstas a ejercer, de manera efectiva, las facultades inherentes a dicha situación dominial, en particular en lo que se refiere a las áreas sujetas a permisos de exploración o a concesiones de explotación concedidas por el Estado Nacional en el pasado y hoy todavía en curso.

En tales casos, el respeto de los derechos de los titulares de las áreas en cuestión, y el consiguiente ejercicio por el Estado Nacional de las facultades que le corresponden en su condición de otorgante de dichos títulos, han impedido, por el momento, a las respectivas Provincias desplegar los poderes propios de la titularidad del dominio originario que les ha sido asignada en el texto constitucional.

En segundo lugar, dado que el constituyente ha asignado jurisdicción exclusiva a la Nación para dictar el marco legal sustantivo al que se sujetan las relaciones jurídicas vinculadas a los hidrocarburos y, simultáneamente, las Provincias mantienen poderes normativos derivados de su condición de titular de dichos recursos y del poder de policía que –de manera concurrente– pueden ejercer, la línea divisoria del ámbito material de incumbencia de una y otra órbita no siempre resulta fácil de trazar.

---

<sup>47</sup> Idem.

<sup>48</sup> No en vano se ha señalado que en este ámbito se presenta un “*caso curioso y único en el orden legislativo (...) de bienes de propiedad de las Provincias, que se encuentren sujetos a la legislación exclusiva del Congreso*”, a punto tal que “*no existen antecedentes de otros bienes del dominio provincial, cuyo destino final se encuentre sometido a restricciones de este tipo*” (conf. CATALANO, Edmundo F.; *Código de Minería comentado*, cit., pág. 76).

El gobierno nacional se ha hecho eco de las dificultades derivadas de semejante *statu quo*, dictando diversas normas dirigidas a superar los problemas planteados por dicha situación. Sin entrar a juzgar, al menos en esta instancia, el acierto o error de tal normativa, haremos algunas referencias tendientes a ilustrar la interpretación que emana de la órbita nacional respecto del juego de las facultades nacionales y provinciales en el tema bajo examen.

El 4 de noviembre de 1994 -es decir, apenas dos meses después de sancionada la reforma de la Constitución- el Poder Ejecutivo nacional dictó el decreto 1955/94, mediante el cual instituyó un régimen transitorio de exploración y explotación de hidrocarburos en las áreas que deban revertirse a las Provincias con la sanción de la ley prevista en el artículo 22 de la Ley 24.145. El artículo 1º del citado decreto, que denomina a las áreas involucradas como “*áreas en transferencia*”, señala que el régimen transitorio dictado será de aplicación “*hasta la fecha de su efectiva transferencia a las Provincias respectivas, sin perjuicio de la continuidad de los derechos adquiridos de los permisionarios de exploración y concesionarios de explotación*”.

El régimen aludido dispuso, básicamente, la intervención de las Provincias en el proceso licitatorio y de selección<sup>49</sup>, y la creación de una Comisión por cada Provincia con facultades para dictaminar el porcentaje de regalías que corresponda fijar, para evaluar las ofertas que se formulen y para proponer la adjudicación de las áreas licitadas<sup>50</sup>.

El 6 de agosto de 2003, el Poder Ejecutivo nacional dio un paso decisivo en este terreno al dictar, esta vez en ejercicio de sus potestades de necesidad y urgencia, el decreto 546/03. En el marco de dicho acto, el Poder Ejecutivo realizó dos declaraciones de suma trascendencia<sup>51</sup>, a saber:

- a) reconoció el “*derecho*” de las Provincias de otorgar permisos sobre las áreas denominadas “*en transferencia*”, y sobre aquellas que las Provincias definan de acuerdo a sus planes de exploración o explotación; y

---

<sup>49</sup> Decreto 1955/94, artículo 4º.

<sup>50</sup> Decreto 1955/94, artículo 5º. En el marco del régimen descripto se dictó la Decisión Administrativa Nº 30/03 mediante la cual el Poder Ejecutivo Nacional aprobó la adjudicación del CONCURSO PÚBLICO INTERNACIONAL Nº E-01/92 para la exploración y explotación de un área ubicada en la Provincia de Mendoza, y otorgó a la empresa ENERGY DEVELOPMENT CORPORATION (ARGENTINA) INC., un permiso de exploración sobre el área licitada, de acuerdo a las bases establecidas en el acta acuerdo suscripta entre la Secretaría de Energía de la Nación y la Provincia de Mendoza.

<sup>51</sup> Ver el artículo 1º del citado decreto.

- b) respaldó, asimismo, la potestad de las Provincias para ejercer, dentro de sus jurisdicciones, todas las competencias que el artículo 98 de la ley 17.319 otorga al Poder Ejecutivo nacional<sup>52</sup>.

Con el mismo afán de ensanchar las facultades provinciales en la materia, en línea con el artículo 124 de la Constitución Nacional, el citado decreto 546/03 confirió a las autoridades provinciales la facultad de (i) elaborar los pliegos de licitación correspondientes y celebrar los concursos públicos<sup>53</sup>; (ii) asumir el carácter de autoridad de aplicación de la Ley 17.319 y sus normas reglamentarias y complementarias con relación a los contratos, permisos y concesiones celebrados por cada Provincia<sup>54</sup>; y (iii) resolver los conflictos que se planteen con relación al cumplimiento de los permisos y concesiones que otorgue cada Provincia en el marco de lo establecido en el decreto en comentario<sup>55</sup>.

A fin de facilitar el ejercicio de las competencias transferidas, se obligó a las empresas permisionarias y concesionarias *“a brindar a la autoridad de aplicación provincial correspondiente la totalidad de la información sobre sus actividades que suministraban hasta el presente y toda aquella adicional que ésta les requiera”*<sup>56</sup>. En igual sentido, el decreto dispuso que la Secretaría de Energía debería entregar a las Provincias toda la documentación vinculada con las áreas y yacimientos localizados en territorio de éstas<sup>57</sup>.

Ahora bien, según el texto del decreto que estamos comentando, el Poder Ejecutivo nacional se reservó el ejercicio de las facultades emergentes de los artículos 2° y 3° de la ley 17.319, esto es, los poderes concernientes a la fijación de la política nacional para el sector y a la reglamentación de las actividades de exploración, explotación y transporte de hidrocarburos<sup>58</sup>. Asimismo, el decreto mantiene en la órbita nacional la facultad exclusiva de otorgar concesiones de transporte que abarquen dos o más Provincias, o que tengan como destino la

---

<sup>52</sup> Parece oportuno recordar que el artículo 98 de la ley 17.319 dispone lo siguiente: *“Compete al Poder Ejecutivo nacional, en forma privativa, la decisión sobre las siguientes materias: a) Determinar las zonas del país en las cuales interese promover las actividades regidas por esta ley. b) Otorgar permisos y concesiones, prorrogar sus plazos y autorizar sus cesiones. c) Estipular soluciones arbitrales y designar árbitros. d) Anular concursos. e) Asignar y modificar las áreas reservadas a las empresas estatales. f) Determinar las zonas vedadas al reconocimiento superficial. g) Aprobar la constitución de sociedades y otros contratos celebrados por las empresas estatales con terceros a los fines de la explotación de las zonas que esta ley reserva a su favor. h) Fijar las compensaciones reconocidas a los propietarios superficiarios. i) Declarar la caducidad o nulidad de permisos y concesiones”*.

<sup>53</sup> Decreto 546/03, artículo 4°.

<sup>54</sup> Decreto 546/03, artículo 5°.

<sup>55</sup> Decreto 546/03, artículo 8°.

<sup>56</sup> Decreto 546/03, artículo 3°.

<sup>57</sup> Decreto 546/03, artículo 7°.

<sup>58</sup> Decreto 546/03, artículo 6°.

exportación<sup>59</sup>. Por último, dispone que los permisos de exploración y concesiones de explotación y de transporte otorgados por el Poder Ejecutivo nacional sobre áreas o yacimientos localizados en las Provincias, continuarán en jurisdicción nacional hasta el dictado de la ley modificatoria de la ley 17.319<sup>60</sup>.

Una visión de conjunto de los preceptos que integran el decreto 546/03 permite vislumbrar que, sin perjuicio de las soluciones de índole transitoria que propone, el mismo plantea un esquema en virtud del cual, a grandes trazos:

- i. el Estado Nacional se reserva las facultades de definir la política del sector y de reglamentar las actividades de exploración, explotación y transporte de hidrocarburos; y
- ii. las Provincias tienen a su cargo aplicar el régimen y otorgar los permisos y concesiones relacionados con la actividad en cuestión cuando se trate de áreas comprendidas íntegramente dentro de su territorio.

A su vez, las facultades transitoriamente mantenidas en cabeza del Poder Ejecutivo nacional hasta tanto se modifique la ley 17.319 tienen que ver, básicamente, con áreas sobre las que existen permisos de exploración o concesiones de explotación otorgados por dicho órgano<sup>61</sup>. Sin embargo, el Poder Ejecutivo se ha desprendido de tales facultades respecto de las “áreas en transferencia”, es decir, (a) aquellas incluidas en alguno de los Anexos de la ley 24.145 que han sido revertidas por cualquier causa antes de la promulgación de la ley prevista en su artículo 22, y (b) aquellas no incluidas en dichos Anexos<sup>62</sup>.

### **III. NATURALEZA Y ALCANCE DE LOS DERECHOS DE LOS PARTICULARES EN MATERIA DE YACIMIENTOS DE HIDROCARBUROS Y SU EXPLOTACIÓN**

#### ***1. Breve descripción del sistema de la ley 17.319***

En el marco de la Ley de Hidrocarburos N° 17.319, la explotación de los recursos hidrocarburíferos puede llevarse a cabo a través de sujetos privados a

---

<sup>59</sup> Decreto 546/03, artículo 6°.

<sup>60</sup> Decreto 546/03, artículo 8°. Por resolución 981/05 del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios de la Nación, se aclaró que los permisos y concesiones otorgados por el Poder Ejecutivo nacional sobre las llamadas “áreas en transferencia”, no quedan alcanzados por esta disposición.

<sup>61</sup> Decreto 546/03, artículo 8°.

<sup>62</sup> Conf. el artículo 1° del decreto 1955/94.

los cuales se otorguen permisos de exploración y concesiones de explotación con carácter temporal<sup>63</sup>.

Esto equivale a decir que el dominio sobre tales recursos -otrora del Estado Nacional, hoy de la Nación o de las Provincias, según dónde se sitúen los recursos en cuestión- puede transferirse a tales sujetos, en las condiciones y con los alcances que la citada ley prevé.

Como consecuencia de ello, mientras el dominio originario de los hidrocarburos siempre corresponderá al sector público –sea nacional o provincial-, el dominio real de los hidrocarburos que extraigan se encuentra en cabeza de los particulares. En tal sentido, la ley referida establece expresamente que “*los permisionarios y concesionarios tendrán el dominio sobre los hidrocarburos que extraigan*”<sup>64</sup>.

Según el mismo texto legal, el permiso de exploración confiere a su titular el derecho exclusivo de ejecutar todas las tareas que requiera la búsqueda de hidrocarburos dentro del perímetro delimitado por el permiso, durante los plazos previstos al efecto<sup>65</sup>. Al titular del permiso corresponde, a su vez, el derecho a obtener una concesión exclusiva de explotación de los hidrocarburos que descubra dentro del área, con arreglo a las normas vigentes al tiempo de otorgarse dicho permiso<sup>66</sup>.

La concesión de explotación confiere, a su vez, en forma exclusiva, el derecho de explotar los yacimientos de hidrocarburos que existan en las áreas comprendidas en el respectivo título, durante el plazo estipulado al efecto<sup>67</sup>.

Por último, el marco legal comentado prevé, con carácter taxativo, como causales de extinción de los permisos y concesiones otorgados, las siguientes: la caducidad, el vencimiento del plazo y la renuncia del titular<sup>68</sup>.

## ***2. Naturaleza de los derechos conferidos a los titulares de permisos o concesiones de hidrocarburos***

---

<sup>63</sup> Ley 17.319, artículo 4°.

<sup>64</sup> Ley 17.319, artículo 6°.

<sup>65</sup> Ley 17.319, artículo 16.

<sup>66</sup> Ley 17.319, artículo 17.

<sup>67</sup> Ley 17.319, artículo 27.

<sup>68</sup> Ley 17.319, artículos 80 y 81.

Es indudable que los derechos nacidos a partir del otorgamiento de un permiso de exploración o de una concesión de explotación se incorporan al patrimonio del titular del área de forma definitiva, bien que acotados temporalmente al período legal o contractualmente fijado.

Resulta pertinente recordar, en tal sentido, el alcance que la Corte confiere a la noción de propiedad, al declarar que ella comprende "*todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad*"<sup>69</sup>.

Es sabido el amparo que el texto constitucional otorga a los derechos adquiridos. Frente a ello, es claro que derechos nacidos de los permisos o concesiones conferidos en materia de hidrocarburos no pueden suprimirse, alterarse o desnaturalizarse por parte de los Poderes públicos sin incurrir en una lisa y llana confiscación, vedada de manera expresa por el artículo 17 de la Constitución Nacional.

Cabría preguntarse, no obstante, si pese a ello la autoridad pública - nacional o provincial- estaría en condiciones de revertir hacia el Estado –en cualquiera de esas dos esferas- la explotación de los recursos naturales motivo de este análisis. Ello, con mayor razón, en tanto el concesionario de la explotación de dichos recursos es, en rigor, titular de un *iura in re aliena*, que no implica una cosa sino más bien un conjunto de derechos incorpóreos<sup>70</sup>, ya que la titularidad del dominio originario cuyo aprovechamiento se le concede sigue estando en cabeza del Estado nacional o provincial<sup>71</sup>. Éste, en efecto, ostenta el dominio originario antes, durante y después de otorgada la concesión, de manera que si el concesionario no cumple con los recaudos bajo los cuales le fuera conferido el derecho a la explotación del yacimiento, el concedente podrá declarar la caducidad de la concesión<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> Fallos 145:307.

<sup>70</sup> En estos derechos como el chileno se ha sostenido la necesidad de no acudir a la técnica de cosificar los derechos propugnando la utilización de la categoría de los derechos reales administrativos. (véase: VERGARA BLANCO, Alejandro "El novísimo derecho de bienes públicos y recursos naturales en Chile. Publicatio y derechos reales administrativos", RDA-49-p.575 y ss, especialmente ps. 584 y 585).

<sup>71</sup> CATALANO, Edmundo F.; *Código de Minería comentado*, cit., pág. 71.

<sup>72</sup> Conf. PIGRETTI, Eduardo A.; *Código de Minería y Legislación de Hidrocarburos Comentados*, 4ª edición actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2004, pág. 28.

De esta cuestión nos ocuparemos seguidamente.

#### **IV. DIVERSAS HIPÓTESIS DE REVERSIÓN AL ESTADO DE LA ACTIVIDAD DE EXPLOTACIÓN DE LOS HIDROCARBUROS**

A modo de ejercicio, cuatro son los instrumentos que -por hipótesis- podrían emplearse para llevar a la práctica una eventual decisión del gobierno de transferir a manos del sector público la actividad de explotación hidrocarburífera, a saber:

- a) una reforma legislativa que establezca que dicha actividad sólo puede estar en manos de entes públicos, y que exija, por ende, a los actuales operadores privados del sector su traspaso en el plazo que se fije al efecto;
- b) la expropiación de las concesiones y permisos en curso;
- c) la revocación de dichas concesiones o permisos por parte de la autoridad administrativa que los otorgó; y
- d) la compra de los títulos respectivos por parte del Estado.

A continuación evaluaremos la viabilidad y consecuencias jurídicas de cada uno de los escenarios enunciados.

##### ***1. Estatización mediante reforma de la legislación vigente***

En virtud de la jurisdicción exclusiva que la Constitución otorga a la Nación para dictar la legislación sustancial en la materia, cabría imaginar que una futura ley de hidrocarburos emanada del Congreso nacional reservase al sector público la explotación y aprovechamiento de tales recursos, vedando a los particulares toda posibilidad de adquirir derechos (reales o personales) o prestar servicios en ese campo.

Semejante política legislativa no estaría necesariamente reñida con el dominio originario que el mismo texto constitucional consagra en favor de las Provincias o de la Nación, según el lugar en que se hallen los yacimientos. Se trataría, más bien, de una de las restricciones más absolutas que el legislador nacional podría establecer para el ejercicio de las facultades concernientes a la titularidad privada del dominio, la cual, eventualmente, sería cuestionable desde el punto de vista de su acierto económico, pero no de cara a su validez constitucional.

Sin embargo, un cambio legislativo de ese tipo sería violatorio de la garantía constitucional de propiedad (art. 17 C.N.) en la medida en que desconozca derechos adquiridos en virtud de permisos o concesiones temporalmente otorgados que se encontraran en curso de ejecución. Tal situación se configuraría no sólo ante una normativa que dispusiera su automática aplicación a las áreas sujetas a dichos permisos o concesiones, sino también en caso que estableciera un plazo para que los titulares de las mismas las transfieran al Estado -nacional o provincial-, y dicho plazo resultara menor al previsto en los respectivos títulos.

Tal despojo de los derechos incorporados al patrimonio de sus titulares no sería compatible con el ordenamiento vigente. Con referencia a la propiedad, en efecto, la Constitución es clara en cuanto a que *“ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley”*, y a que *“la expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada”*<sup>73</sup>.

Por otra parte, la ley 21.499 establece una serie de presupuestos que deben verificarse para que se configure una expropiación, entre los cuales figura el requisito de la declaración de utilidad pública con fines expropiatorios. Dicha declaración debe ser efectuada por ley formal del Congreso Nacional y debe, además, ser expresa, lo cual excluye toda posibilidad de que la expropiación resulte de la mera interpretación de una norma legal, a partir de la cual se intente sostener que ella conlleva una tácita declaración de utilidad pública del bien alcanzado.

En suma, sin una expresa declaración legislativa de utilidad pública, no hay, por cierto, expropiación constitucionalmente posible bajo la Ley 21.499. (L.E.)

A poco tiempo de sancionada la L.E. este tema se prestó a discusión debido a que la redacción del inciso c) del artículo 51 de la Ley 21.499 (sobre expropiación irregular) omite aludir expresamente (como lo hacen los incisos “a” y “b”) a la necesidad de ley declarativa de utilidad pública. Sin perjuicio de ello, la norma no autoriza a tener por expropiado un bien a pesar de que *“el Estado imponga al derecho del titular de un bien o cosa una indebida restricción o limitación, que importen una lesión a su derecho de propiedad”*, en la medida en que no haya mediado previa ley que declare la utilidad pública.

Según explicó en su momento MARIENHOFF, inspirador de la ley de expropiaciones en el orden nacional, que participó en su redacción, esa frase obedeció a un exceso de purismo que llevó a no reiterar la expresión *“utilidad*

---

<sup>73</sup> Constitución Nacional, artículo 17.



*pública*". Por lo tanto, el artículo mencionado debe entenderse aplicable al caso en que un bien fue declarado de utilidad pública y, no habiéndose aún iniciado el juicio expropiatorio, el Estado lesione el derecho de propiedad de su titular. Tal es el alcance de la norma, lo cual demuestra que la misma no sería aplicable a la situación hipotética propuesta.

Por si quedara alguna duda, el mismo autor dice que "*sin esa declaración de utilidad pública no puede haber expropiación de tipo alguno, pues toda expropiación, por exigencia constitucional, requiere dicha declaración (art. 17 de la Ley Suprema)*"<sup>74</sup>.

Sin perjuicio de lo expuesto, la sanción de una ley en los términos examinados configuraría un caso de responsabilidad estatal por obrar ilegítimo, que daría lugar al derecho consiguiente a obtener un resarcimiento pleno de los daños sufridos por parte de los perjudicados por dicho acto<sup>75</sup>.

Es dable destacar que los rubros indemnizables ante este tipo de responsabilidad son amplios, incluyendo el lucro cesante.

## **2. Expropiación de los permisos y concesiones otorgados**

### **a. Requisitos de la expropiación**

Un segundo posible camino para que el Estado alcance la meta de recuperar las áreas que ha otorgado en permiso de exploración o en concesión de explotación sería el instituto de la expropiación.

Según ya se recordó, para el ejercicio de la potestad expropiatoria es menester, en primer lugar, la declaración de utilidad pública por ley formal de los bienes afectados y la previa indemnización.

En cuanto al primer recaudo, la calificación de utilidad pública del bien por parte del Congreso, la jurisprudencia tiene dicho que configura un acto no revisable por los jueces, salvo caso de arbitrariedad<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> Cfr. MARIENHOFF, Miguel S.; *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledp-Perrot, Buenos Aires, 1997, tomo IV, pág. 369, y CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tº II, 7º ed. Actualizada, Reimpresión, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, pág. 490

<sup>75</sup> Véase CASSAGNE, Juan Carlos; *Derecho Administrativo*, cit, tomo I, pág. 491.

<sup>76</sup> CNCiv, Sala A, 22/3/83, "Corporación Argentina de Productores de Crema S.A. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", ED 107-525, y del mismo tribunal, "Martínez, Víctor c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", ED 107-526.

Respecto del segundo requisito referido -la necesidad de previa indemnización-, la cuestión más compleja tiene que ver con la determinación del *quantum* indemnizatorio.

Por empezar, el artículo 10 de la ley 21.499 establece que “*la indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación*”, excluyendo de manera expresa, entre otros rubros, las “*ganancias hipotéticas*” y el “*lucro cesante*”.

En el caso, los obstáculos que presenta la determinación del *valor objetivo del bien*, con exclusión de las *ganancias hipotéticas*, son obvios. Recuérdese, en efecto, que el bien expropiado ha de consistir sea en el derecho a explorar un área por un lapso de tiempo determinado, sea en el derecho a explotarla durante el período que se establezca al efecto. La naturaleza intangible de tales bienes y la evidente dificultad que existe para anticipar cuáles serán los resultados de la actividad a desarrollar en uno y otro caso, impiden conocer -y más aún, demostrar- la magnitud del daño directo e inmediato -no el eventual o conjetural- que la extinción de los derechos involucrados reportará para su titular.

Al respecto, antes de ahora<sup>77</sup> hemos sostenido que:

*“Una reflexión aparte merece la exclusión del lucro cesante<sup>78</sup>, es decir, de las ganancias (no hipotéticas y excluidas expresamente en el art. 10 de la LE) dejadas de percibir por el administrado, que ya había recepcionado también el art. 11 de la anterior ley 13.264. Éste es sin duda uno de los aspectos más debatidos de la teoría de la indemnización y la definición que se adopte al respecto se proyecta al régimen de responsabilidad que rige la indemnización de los daños causados por actos lícitos, conforme, al menos, a la jurisprudencia que era tradicional en la Corte Suprema hasta hace poco tiempo.*

*Con independencia de esta última tendencia jurisprudencial, no se puede desconocer que, en ciertas circunstancias, la aptitud de producción o el valor potencial respecto de la rentabilidad de un bien o las ganancias futuras<sup>79</sup>, se tienen en cuenta a los efectos de*

---

<sup>77</sup> Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos; *Derecho Administrativo*, cit., tomo II, págs. 481-482.

<sup>78</sup> Véase el caso “Jucalán”, publicado en JA, nro. 5678 del 27-IV-1990, pág. 34 y sigs., donde se sostuvo que tratándose de la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos que causaran perjuicios a particulares no cabe omitir la reparación del lucro cesante.

<sup>79</sup> En el comentario que al respecto formuló Jesús Abad Hernando, al poco tiempo de sancionarse la ley de expropiaciones, entrevió este problema; al referirse a la posibilidad de expropiar derechos intelectuales o patentes de

*la determinación de su valor objetivo. Lo mismo cuadra decir de los daños que son consecuencia directa o inmediata de la expropiación (v.gr. venta interrumpida por una expropiación parcial o fraccionamiento inadecuado de los lotes restantes que le restan utilidad a la parte del bien no expropiado).*

*Por dicha causa no parece del todo correcta la asimilación absoluta entre valor objetivo y daño emergente, ni tampoco la noción restrictiva que pretende definir al daño emergente como aquel que es `causado directamente e indirectamente por la privación de la propiedad<sup>80</sup>.*

*El dispositivo legal que prescribe la irreparabilidad del lucro cesante en la fórmula del art. 10 de la LE no puede interpretarse sino a la luz de la pareja de conceptos de Derecho Público que componen los rubros indemnizables (valor objetivo y daños que sean consecuencia inmediata<sup>81</sup> de la expropiación). En tal sentido, la exclusión de la ley se relaciona con el lucro cesante eventual<sup>82</sup> y, desde luego, futuro, operando sobre el valor objetivo y los daños directos consecuentes a la privación cuya indemnización, en definitiva, se integra tanto con el daño emergente como con aquellos lucros o beneficios futuros cuya probabilidad de realización se encuentra asegurada conforme al curso ordinario de las cosas. Esto es así porque, en tales situaciones, corresponde interpretar que se ha producido la incorporación del respectivo derecho, desde el punto de vista jurídico y económico, al patrimonio de una persona o empresa.*

*En consecuencia, el concepto del `valor objetivo´ de la cosa o bien que se expropia no se corresponde estrictamente con la idea civilista del daño emergente, respondiendo a la finalidad de restaurar la lesión intrínseca sufrida en la propia cosa (una*

---

invención, dijo que “cuando la ley prohíbe el lucro cesante, en mi opinión, allí éste aparece como accesorio porque la ley ya ha contemplado expresamente el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa o inmediata. Y aquí, precisamente, la única forma que tenemos de valorar este derecho intelectual o patente de invención es por esta posibilidad de ganancias futuras” (en *La Ley Nacional de Expropiaciones 21.499*, Asociación Argentina de Derecho Administrativo, págs. 68-69, Buenos Aires, 1977).

<sup>80</sup> Así lo sostuvo VILLEGAS, Walter A., *Régimen Jurídico de la Expropiación*, pág. 224, Buenos Aires, 1972.

<sup>81</sup> Los daños directos se asimilan a los daños inmediatos, tal como acontece en el derecho francés; véase ALTERINI, Atilio A., *La Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, 1972, pág. 131 con cita de RIPERT, Georges- BOULANGER, Jean, *Tratado del Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, trad. Del francés, Buenos Aires, 1964, t. IV, pág. 490.

<sup>82</sup> La interpretación que damos en el texto reconoce antecedentes en la jurisprudencia de la Corte Suprema. En el precedente que se registra en *Fallos*, 242:254, consideró que “...el lucro cesante se caracteriza por su carácter eventual y futuro...”.

*revivencia de los circa rem o circa jus) abarcativa del daño emergente y de las utilidades dejadas de percibir, cuyo ingreso al patrimonio del expropiado ocurrirá indefectiblemente de acuerdo a la evolución normal u ordinaria de los acontecimientos.*

*Con una interpretación más restringida que la civilista, el rubro lucro cesante que la LE prohíbe compensar juega, entonces, como un concepto autónomo, cuyo fundamento responde al propósito de evitar que la expropiación se convierta en una fuente de enriquecimiento o de ganancias para el expropiado”.*

Por lo demás, parece oportuno traer a colación algunos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los que, frente a situaciones análogas, el tribunal resolvió con un criterio amplio lo relativo a la extensión del resarcimiento.

El primero de los fallos indicados se dictó el 20/9/73 en la causa “Ingeniero Livio Dante Porta y Cía. SRL c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos”<sup>83</sup>. Allí el alto tribunal reconoció la procedencia de la reparación del “lucro cesante” bajo la denominación “*utilidad frustrada indemnizable*”, con sustento en lo dispuesto en el artículo 1638 del Código Civil, según el cual si el dueño de la obra desiste de su ejecución, por su sola voluntad, corresponde indemnizar todos los gastos al locador, incluido “*la utilidad que pudiera obtener por el contrato*”.

Nuevamente el máximo tribunal se vio obligado a examinar la cuestión al decidir el 20/9/84 el conocido caso “Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A.C.I.F.I. v. Dirección Nacional de Vialidad”<sup>84</sup>, originado por la extinción unilateral de un contrato administrativo de obra pública antes de que tuviera ejecución, por motivos que fueron considerados como de oportunidad, mérito o conveniencia. También en esta ocasión la Corte admitió la reparación del lucro cesante.

El criterio expuesto fue reiterado por la Corte veintiún años más tarde al fallar la causa “El Jacarandá S.A. v. Estado Nacional”<sup>85</sup>. El caso se había originado a raíz de la decisión del Poder Ejecutivo nacional de dejar sin efecto la adjudicación a El Jacarandá S.A. de la explotación de una frecuencia radioeléctrica. La Corte, partiendo de la base de que la revocación de la adjudicación de la licencia se había producido por razones de

---

<sup>83</sup> Fallos: 286:333.

<sup>84</sup> Fallos: 306:1409.

<sup>85</sup> Sentencia del 28/7/05.

oportunidad, mérito o conveniencia, y después de precisar “*que la extensión del resarcimiento debe atender las características particulares de cada situación*”, afirmó que “*no hay, como principio, fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo con probabilidades objetivas estrictamente comprobadas*”.

Es menester señalar que el criterio seguido por la Corte en los tres fallos citados coincide con el adoptado por el tribunal en otros casos que también suscitaron el deber del Estado de reparar los daños causados por comportamientos legítimos en el ámbito extracontractual, en los cuales se dispuso indemnizar el lucro cesante<sup>86</sup>. Dicha postura difiere, sin embargo, de la adoptada por el mismo tribunal en otras ocasiones en que, ante decisiones legítimas del Estado generadoras de responsabilidad extracontractual, la Corte optó por hacer aplicación analógica del artículo 10 de la ley de expropiaciones para determinar la extensión del resarcimiento<sup>87</sup>.

Aunque la cuestión continúa debatiéndose, interesa señalar que MARIENHOFF, tras afirmar que la indemnización abonada debe dejar el patrimonio del expropiado en la situación que tenía antes de la expropiación, examina el alcance de la indemnización en los supuestos de rescate de empresas que prestan servicios públicos. Al respecto puntualiza que, en el monto de tal indemnización, aparte de otros elementos, influyen esencialmente el lapso que aún falta para que se opere el vencimiento del término por el cual se otorgó la concesión, como así el resultado de los negocios logrados hasta el momento del rescate o de la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. Según el autor citado, el resarcimiento de estos dos valores, que constituyen lo que comúnmente se denomina “*valor de empresa en marcha*”, no significa reconocer o pagar “*lucro cesante*”, sino resarcir el valor del derecho nacido de la concesión (que es un contrato), desde el rescate de ésta hasta la fecha de su vencimiento<sup>88</sup>.

b. *El sujeto expropiante*

Resta preguntarse si la eventual expropiación de los derechos nacidos de permisos o concesiones otorgados en materia de hidrocarburos compete a la Nación o a las Provincias en cuyo territorio se encuentren las áreas de

---

<sup>86</sup> Fallos: 277:225; 312:2266; 316:1335; 318:1440; 320:2551.

<sup>87</sup> Fallos: 195:66; 293:617; 301:403; Fallos: 312:649; y 312:956.

<sup>88</sup> MARIENHOFF, Miguel S.; *Tratado de derecho administrativo*, cit., t. IV, págs.261/262.

exploración o explotación involucradas. De lo que se trata, en suma, es de determinar quién sería el sujeto expropiante.

Cabe recordar, al respecto, que la potestad de expropiar es concurrente, en tanto su ejercicio está en manos tanto del Estado nacional, como de las Provincias y de los municipios<sup>89</sup>. Para conocer, en cada caso, a qué órbita corresponde el ejercicio de tales poderes, será menester identificar el carácter nacional, provincial o local de la utilidad pública justificante del acto expropiatorio: cuando dicha utilidad adquiera dimensión nacional, la Nación actuará como sujeto expropiante, y así sucesivamente<sup>90</sup>.

### ***3. Revocación de los permisos y concesiones en marcha***

La revocación por parte de la autoridad administrativa configura un instituto típico del régimen de los permisos y de las concesiones en general. Cuando su ejercicio se produce por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, y no a título de sanción, la técnica utilizada es la del *rescate*, que supone la reversión anticipada de los derechos acordados por el permiso o la concesión.

Es cierto que el rescate no figura entre los modos de extinción de los permisos de exploración y de las concesiones de explotación contemplados en la ley 17.319. Dicha ley, en efecto, sólo prevé como supuestos de extinción de tales títulos la caducidad, el vencimiento del plazo o la renuncia del titular<sup>91</sup>. Sin embargo, un sector de la doctrina ha entendido que la potestad revocatoria por razones de oportunidad mérito o conveniencia se encuentra insita en la función administrativa, sin requerir, por tanto, de la existencia de una norma expresa que autorice su ejercicio<sup>92</sup>. O bien, constituye una prerrogativa o cláusula exorbitante implícita<sup>93</sup>.

Va de suyo que, en principio, será la misma autoridad otorgante del título quien podrá, eventualmente, disponer su extinción por la técnica del rescate. Esto es, tratándose de permisos o concesiones conferidas por el Poder Ejecutivo nacional, será éste quien podrá estimar la conveniencia de disponer su revocación por razones de interés público, en los términos previstos en el artículo 18 de la

---

<sup>89</sup> BIELSA, Rafael; *Derecho administrativo*, quinta edición, Depalma, Buenos Aires, 1956, Tomo IV, págs. 406-407.

<sup>90</sup> MARIENHOFF, Miguel S.; *Tratado de derecho administrativo*, cit., t. IV, págs. 205-206.

<sup>91</sup> Artículos 80 y 81 de la ley 17.319.

<sup>92</sup> Cfr. COMADIRA, Julio R.; *Procedimientos Administrativos (Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada)*, La Ley, Buenos Aires, 2002, Tomo I, pág. 389.

<sup>93</sup> MARIENHOFF, Miguel S.; *Tratado de derecho administrativo*, cit., tomo III-A, págs. 579-580.

ley 19.549, y otro tanto sucederá con las Provincias cuando los permisos o concesiones emanaren de su órbita.

Cabría, incluso, postular que esa es la regla que implícitamente surge de la normativa emanada de la órbita nacional, más arriba reseñada. Así, por ejemplo, el artículo 5º del decreto 546/03 dispone que *“todas las potestades otorgadas a la Autoridad de Aplicación por la legislación nacional vigente en lo concerniente a los contratos, permisos y concesiones adjudicados por los Estados Provinciales serán asumidas por los organismos competentes de las respectivas jurisdicciones provinciales, a los que competará la aplicación de la Ley N° 17.319 y sus normas reglamentarias y complementarias en el carácter de autoridad de aplicación que el Artículo 97 de dicha norma adjudica a la SECRETARIA DE ENERGIA del MINISTERIO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS y toda otra facultad que se derive de la normativa vigente en la materia”*, mientras que el artículo 8º de ese mismo decreto prevé que *“los permisos de exploración y concesiones de explotación y de transporte de hidrocarburos otorgados por el PODER EJECUTIVO NACIONAL sobre áreas o yacimientos localizados en las Provincias, continuarán en jurisdicción nacional hasta el dictado de la ley modificatoria de la Ley N° 17.319”*.

Por último, se plantea, también en este caso, la duda acerca del alcance de la indemnización que deberá pagarse al titular del permiso o concesión revocados. Al respecto, si bien el ordenamiento vigente en el ámbito nacional veda expresamente la indemnización del lucro cesante derivado de la revocación de los contratos por razones de oportunidad mérito o conveniencia<sup>94</sup>, dicha solución no hace más que reeditar, en el terreno contractual, la prevista en el artículo 10 de la ley 21.499. Ante ello, creemos posible reproducir aquí cuanto se ha señalado en el apartado anterior respecto de la indemnización debida en caso de expropiación.

#### **4. Compra por el Estado de los títulos de exploración o explotación conferidos**

Finalmente, cabe analizar la situación que se produciría si el Estado decidiese adquirir los títulos de exploración o explotación hoy en manos de los permisionarios o concesionarios de áreas hidrocarburíferas, en los términos y condiciones que libremente pacten las partes de una compraventa que se celebre al efecto.

Ningún óbice existe, en efecto, para que el Estado acuda a dicha modalidad contractual. Más aún, en el régimen de contrataciones del Estado

---

<sup>94</sup> Ver el artículo 26 de la ley 25.344; el artículo 96 del decreto 436/00; y el artículo 12, inciso b), del decreto 1023/01.

nacional se enumera expresamente a la compraventa entre los contratos incluidos<sup>95</sup>. Por lo demás, nuestra historia registra antecedentes de la compra por el Estado de empresas privadas a cargo de la explotación de servicios, como fue, en su momento, la adquisición de los ferrocarriles.

## V. CONCLUSIONES

Como recapitulación de las principales reflexiones expuestas, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

1. Por lo pronto, no se puede controvertir el hecho de que la prescripción que sobre el dominio originario de los recursos naturales consagra el art. 124 de la C.N. genera, por su falta de definición, una laguna constitucional, destinada a ser cubierta con el auxilio de la interpretación doctrinaria y de la jurisprudencia.
2. Ese vacío constitucional se refiere tanto a la naturaleza y características del dominio originario como, fundamentalmente, al alcance de las potestades y facultades que poseen los titulares de dicho dominio originario.
3. En ese sentido, la carencia constitucional se produce en razón de que mientras la categoría del dominio eminente, concebida como una potestad emanada de la soberanía, exhibe cierto consenso doctrinario, el concepto de dominio originario plantea dudas interpretativas en cuanto a la determinación de su núcleo esencial. En efecto, el dominio originario ha sido entendido tanto como una potestad (asimilable al dominio eminente), como a la manera de un derecho de naturaleza patrimonial o real de dominio (lo cual traduce, en el fondo, una tesis civilista).
4. La tesis privatista, que asimila el dominio originario al derecho real de dominio contemplado en el Código Civil, resulta insostenible por las siguientes razones:
  - a. El dominio originario es una figura propia del derecho público, inexistente en el derecho privado, que si bien tuvo origen en el derecho minero, supuso siempre una categoría diferente a la llamada *propiedad minera*, de naturaleza privada.
  - b. Admitir lo contrario, sería tanto como suponer que sobre los yacimientos de hidrocarburos coexisten dos derechos reales sobre un mismo objeto (el dominio originario de las Provincias y, excepcionalmente, de la Nación, y el dominio real o propiedad de los particulares, calificada como propiedad minera).

---

<sup>95</sup> Decreto 1023/01, artículo 4°.



- c. La interpretación que surge del art. 10 del Código de Minería, al remitirse al dominio originario de la Nación y de las Provincias que consagra el art. 7º, reconoce el deslinde entre dicha categoría y la propiedad minera de los particulares que éstos adquieren por concesión.
5. Las potestades y derechos que emanan del dominio originario que el art. 124 de la C.N. reconoce a favor de las Provincias sobre los recursos naturales existentes de su territorio abarca, en el estado actual de nuestra legislación, las facultades de:
  - a. Otorgar concesiones y dictar los actos de ejecución relativos al aprovechamiento de dichos recursos, así como, en consecuencia, disponer su revocación o caducidad;
  - b. Percibir regalías;
  - c. Ejercer un poder de policía local, exclusivo o concurrente, según los casos.
6. En resumidas cuentas, el dominio originario sobre los recursos naturales configura un concepto autónomo, cuya titularidad pertenece, en principio, a las Provincias y, excepcionalmente, a la Nación. Tal figura se asimila a la potestad que es propia del dominio eminente, en forma conjunta con los poderes que conciernen a la condición de concedente que reviste la autoridad provincial o nacional, a lo cual se añaden los derechos -en el caso de la explotación de hidrocarburos- a las regalías petroleras.
7. El dominio originario no equivale al derecho real de dominio, ni tampoco se trata de un dominio derivado o imperfecto.

En síntesis, el dominio originario sobre los yacimientos de hidrocarburos conforma un núcleo de potestades y derechos que es propio del derecho público, rigiéndose por los principios de las leyes especiales, las prescripciones del Código de Minería y los principios del derecho administrativo.

En este sentido, las potestades y derechos que emanan del dominio originario reconocido a las Provincias deben ejercerse con arreglo a la legislación de fondo que dicta el Congreso sobre la materia, de conformidad al precepto contenido en el Art. 75 inc. 12 de la C.N. En tal sentido, cobra especial relevancia la distinción entre dominio originario y jurisdicción.

8. Los derechos de exploración o explotación de los yacimientos hidrocarburíferos otorgados a los particulares por vía de permiso o concesión, respectivamente, se encuentran incorporados al patrimonio de dichos sujetos en forma definitiva, si bien acotados al lapso temporal que en cada caso fijen las normas o contratos aplicables.

Una eventual reforma legislativa en materia de hidrocarburos que, por hipótesis, reservase al sector público la explotación de dichos recursos, en ningún caso podría avasallar los derechos adquiridos de los particulares, amparados por el art. 17 CN.

9. Cabría, sin embargo, prever la expropiación de los derechos aludidos por parte del Estado (nacional o provincial, según la índole de la utilidad pública declarada), lo cual sería válido en la medida en que se satisfagan plenamente los recaudos constitucionales y legales del instituto expropiatorio (calificación de la utilidad pública por ley formal, y previa indemnización, con el alcance previsto por el legislador).
10. Cabe, también, la posibilidad de que los permisos y concesiones sean revocados administrativamente por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando a sus titulares en la forma prevista en la ley respectiva. También, por hipótesis, dichos títulos podrían ser adquiridos por el Estado a través de una compraventa.

*Dr. Juan Carlos Cassagne*