

EL PROYECTO DE LEY DE HIDROCARBUROS

por Dr. Luis Alberto Erize

Abeledo Gottheil Abogados
Gottheil-García Cozzi-Erize
Av. E. Madero 1020 - 5to. piso
Buenos Aires

El marco legal vigente implementa la Ley de Hidrocarburos N° 17.319, promulgada en 1967, y la ley 24.145, de octubre de 1992. La ley de hidrocarburos fue pensada como un instrumento a fines variables, permitiendo la ejecución de diferentes políticas petroleras extractivas:

- (i) ya se trate de contratos de servicios o "production sharing" con la entonces Yacimientos Petrolíferos Fiscales, de una parte, o
- (ii) el otorgamiento de permisos de exploración y concesiones de explotación al sector privado, por otra parte.

Luego de un llamado que no tuvo resultados concretos en 1967, la ley de hidrocarburos fue implementada de forma de olvidar en la práctica la política enunciado en el inciso (ii) más arriba. La Ley de Contratos de riesgo No. 21.778 innovó con la celebración de contratos de riesgo sobre el primer intento de expandir el horizonte de la participación del sector privado en el upstream mediante los iniciales contratos de servicios de cuenta capital, o cuenta reembolsos. Sin embargo, la ley 17.319 fue utilizada extensivamente por el Gobierno elegido en 1983, con el Plan Houston y sus modificaciones, mediante contratos de servicios a riesgo que fueron reconvertidos en permisos de exploración y concesiones de explotación a partir de 1991. Desde 1989 la ley 17.319 fue implementada intensamente con el proceso de privatización y desregulación petrolera, agregándose el otorgamiento de participaciones de control en contratos de asociación con la entonces Yacimientos Petrolíferos Fiscales respecto de las así llamadas áreas centrales.

Pero también se volvió a utilizar el brazo privatista de la ley con la concesión de permisos de exploración bajo el decreto 2178/91 (el Plan Argentina, plan rector de la expansión del horizonte exploratorio con nuestro país, consolidado con una sólida experiencia ya obtenida en estos años) que complementó así

el panorama que produjo una acelerada reconversión de los contratos Houston y de riesgo para encontrarnos en el día de hoy con un sistema integrado básicamente por permisos de exploración y concesiones de explotación, en lo que hace al upstream, y una radical desregulación del downstream.

A pesar de haber sido emitida durante un gobierno militar, la Ley de Hidrocarburos Nº 17.319 ha sido confirmada en su carácter de ley, en función de las numerosas leyes que la han citado, modificado o reglamentado (leyes 23.678, 23.697, 23.897 y finalmente, la ley 24.145, anticipando sin embargo una compatibilización entre la misma y la ley 17.319, que debiera fructificar bajo el presente proyecto de Ley de Hidrocarburos, con media sanción, por el Senado).

El proyecto de ley confirma la vigencia de los Decretos Nros. 1055, 1212 y 1589 de 1989, trípode a partir del cual se produjo la privatización y desregulación del sector petrolero en la Argentina, mediante asociaciones en áreas centrales, la concesión de áreas marginales, el establecimiento del principio de libre disposición de los hidrocarburos obtenidos, y la completa desregulación del downstream con una total libertad de precios de los productos finales, producidos por la refinación y eliminando de tal forma la "mesa de crudos" por la que asignaban volúmenes y se establecían márgenes para la refinación, en un corredor de precios impuesto desde el Gobierno.

Ciertamente, antes y ahora surgen evaluaciones contrastadas sobre el camino de precios que resulta, no sólo en el downstream sino también en el upstream, de los hidrocarburos tanto líquidos como gaseosos.

El marco legal vigente da una articulada respuesta y el marco legal concreto para su tratamiento, y así ha ocurrido en los últimos tiempos, sin por ello afectar los pilares básicos de la desregulación (Obviamente la creación del Ente Federal de Hidrocarburos permitirá un tratamiento balanceado del tema, con especialistas del sector).

Bajo tales decretos, tanto la exportación como la importación de hidrocarburos y sus subproductos fue exceptuada de todo arancel aduanero o gravamen, así como de cualquier retención o reembolso.

De la misma forma, se estableció una cláusula de estabilidad garantizando un techo de 12% de la producción como regalía por la extracción de hidrocarburos líquidos, así como la protección respecto de cualquier determinación de impuestos o gravámenes que pudieren ser considerados discriminatorios contra el titular del permiso de exploración o de la concesión de la explotación, incluyendo activos, patrimonio, actividades o negocios relacionados, así como sobre la venta del gas y del petróleo.

El proyecto de la ley de hidrocarburos retoma el tema y establece que los impuestos y gravámenes locales y provinciales aplicables serán aquellos que se encuentren en vigencia en la fecha en que la ley es promulgada, y no podrá por consecuencia existir un incremento de dicha carga fiscal a partir de entonces, con la única exención de aumentos generalizados en los impuestos de naturaleza federal y de las tasas por servicios efectivamente prestados, las contribuciones por obras públicas que lo beneficien, y con la salvedad que, en lo que concierne a los impuestos de naturaleza federal, la garantía y estabilidad se reduce a la no discriminación.

El tema es de considerable importancia para definir el clima de inversión en el sector, como pudo verse con toda claridad en la difusión de Plan Argentina en todo el mundo, puesto que fue necesario, en el road show hecho en esa oportunidad, efectuar el análisis comparativo, sobre la base de procedimientos de simulación de la evolución de la vida de un yacimiento, de la proyección del impacto fiscal representado por nuestra legislación en comparación con otros vigentes en otras partes del mundo, de manera de permitir a los inversores extranjeros comparar adecuadamente el costo representado por dichas cargas fiscales, a lo largo de la vida del proyecto.

El pacto fiscal entre el Gobierno Federal y las provincias, de 1994, ratificó el compromiso de respetar dicha estabilidad fiscal, así como lo hizo el acuerdo que se suscribió entre las provincias y las compañías del sector de exploración y explotación respecto a los impuestos a los Ingresos Brutos y a su determinación.

Bajo el proyecto de ley se provee al otorgamiento de concesiones de transporte de hidrocarburos a transportadores independientes, así como un acceso abierto a un porcentaje de la capacidad de oleoductos ya instalada, para el caso en que las provincias optaren por recibir sus regalías en especie.

Bajo el proyecto de Ley de Hidrocarburos, las restricciones anteriormente surgidas del art. 25 de la ley en cuanto a la concentración de permisos de exploración o concesiones de explotación ha sido limitada a sus justos términos, para dejar ello sujeto estrictamente a la legislación general sobre defensa de la competencia, sin límites preestablecidos de ninguna naturaleza.

Finalmente, el proyecto de ley innova sobre concesiones de almacenaje de gas permitiendo que se otorguen concesiones de almacenaje de gas a permisionarios de exploración y/o concesionarios de explotación de hidrocarburos que descubran o cuenten con formaciones geológicamente aptas para tal

fin, siempre y cuando sea dentro de su área, o, en caso contrario, la concesión será otorgada mediante concurso. El proyecto contempla una posibilidad de libre acceso indiscriminado por al menos el 30% de la capacidad máxima de almacenaje. En lo demás, las reglas son similares a las establecidas para las concesiones de explotación.

La ley 24.145 transfirió del gobierno federal a las provincias el dominio eminente de los hidrocarburos en el subsuelo, estableciendo un esquema de transferencias a medida que los términos de las concesiones ya otorgadas fuesen terminando. También dispuso la creación de una comisión para la preparación del proyecto de ley de forma de adaptar la Ley de Hidrocarburos a la ley 24.145, en lo pertinente. De tal forma finalizó la vieja polémica sobre el dominio eminente para la Nación o las Provincias, que tuvo como defensores prestigiosos de éstas últimas a Guillermo Cano y Pedro J. Frías, y cuya síntesis puede apreciarse en trabajos del Dr. Bidart Campos o De Simone.

Así, debido a la provincialización del título sobre el dominio eminente, la autoridad de las provincias para resolver importantes aspectos en materia petrolera ha sido incrementada, habilitándolas a establecer menores regalías, tomando en cuenta, por ejemplo, la curva de agotamiento del reservorio u otros factores tales como el volumen de reservas probadas, el costo marginal de producción, etc.

Tanto las provincias así llamadas petroleras, como el gobierno federal, participarán por partes iguales en un nuevo ente, el Ente Federal de Hidrocarburos, con una presidencia que retiene el gobierno federal y que tendrá un doble voto en el caso de empate, salvo algunos aspectos especiales en los cuales una supermayoría permitirá a las provincias, si están de acuerdo en ello, vetar la acción intentada.

Debido a que la Ley de Hidrocarburos 17.319 había establecido que el dominio eminente sobre los reservorios, pertenecía al Gobierno federal, fueron necesarios cambios para adaptar la ley a la nueva situación, en la cual está reconocido, tal como lo expresa el mandato constitucional de la Constitución ahora reformada, que la titularidad del dominio eminente pasa a las provincias, por lo que se plantea la cuestión sobre el control en dichas áreas, a medida que vayan venciendo los respectivos instrumentos por los que dichas áreas son sujetas a permiso o concesión.

De acuerdo al proyecto de la Ley de Hidrocarburos, en discusión en el Parlamento, las provincias incrementarán considerablemente su jurisdicción como autoridad de control ya que, además de la autoridad para otorgar nuevos permisos cuando estas áreas reviertan a la provincia, y tendrán flexibilidad

para el otorgamiento de las nuevas condiciones a pesar que tendrán que sincronizar los llamados a través de acuerdos a ser logrados con el nuevo Ente de control.

La autoridad concurrente en materia ambiental de las provincias y de la Nación es confirmada en el proyecto.

El Ente Federal de Hidrocarburos estará a cargo de la emisión de las regulaciones técnicas en el upstream tanto como el downstream cuidando la protección del medio ambiente e implementando la política nacional de hidrocarburos que sin embargo queda para el nivel federal.

El Ente Federal de Hidrocarburos actuará como autoridad de apelación para los casos de apelaciones de las compañías petroleras respecto de decisiones a ser adoptadas por las autoridades provinciales, incluyendo todo lo relativo a servidumbres que permitan a las compañías petroleras proseguir su exploración y explotación con respecto a los superficiarios. Las resoluciones del Ente Federal de Hidrocarburos se encontrarán a su vez sujetas a la apelación por ante los Tribunales federales, y la imposición de multas por encima de ciertos montos monetarios serán suspendidas hasta que una resolución final sea adoptada por dichos Tribunales federales.

El proyecto inicial contemplaba una modificación a la ley de defensa de la competencia, en el cual la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia hubiere incrementado su autoridad al extremo de permitirle requerir por ante lo penal económico o los tribunales federales de las provincias, según sea el caso, la escisión de la compañía que hubiere violado las normas de esa ley, para obtener con ello su separación en dos o más compañías, o finalmente, dependiendo de la seriedad de la conducta ilegal seguida, la disolución y liquidación de la compañía, lo que podría dar lugar a su vez a que la misma pudiera requerir en cambio y alternativamente, una escisión para remover dichas causas.

El tema pasa ahora al análisis global que de la Ley de Defensa de la Competencia se está efectuando también en este momento por la Legislatura.

Ha transcurrido un lapso extendido para la discusión de este proyecto de Ley de Hidrocarburos, y aún hoy parecen existir diferencias que impiden contar con dicha ley, según reciente información que es de público conocimiento.

El Senado ya habría introducido:

- (i) algunos condicionamientos a la libre circulación de los hidrocarburos en lo que se refiere a la exportación e importación de los mismos;
- (ii) alguna autoridad como para monitorear precios sobre la base de difundir los precios internacionales de referencia;
- (iii) una autoridad incrementada para el Ente Federal de Hidrocarburos;
- (iv) la autoridad para establecer, con el acuerdo de la industria del upstream una reserva estratégica de hidrocarburos, para casos de emergencia;
- (v) un capítulo especial dedicado a regulaciones de defensa de la competencia;
- (vi) nuevos métodos de compensación por daños causados a los superficiarios y, finalmente,
- (vii) una inquietante referencia a los decretos 1055, 1212 y 1589 (la trilogía que provocó la desregulación) por la que se confirma su validez en la medida en que sea compatible con la ley presente, de tal forma echando alguna duda sobre la interpretación que en el futuro se haga de los artículos de la misma ley así modificados, que pudiere contradecir algunos de los derechos adquiridos bajo dichos decretos en cuanto pudieren considerarse en conflicto con los principios establecidos en la ley así reformada.

Sin embargo, las concesiones otorgadas con anterioridad a la emisión de dicha ley así modificada otorgaron específicas seguridades protegiendo a sus titulares de cambios futuros, reforzando de tal forma la doctrina tradicional sobre derechos adquiridos que debería impedir a las autoridades desconocer los mismos.

La ley 24.145 marcó un camino preciso y anticipó de tal modo en forma reciente la plena confirmación por este Poder Legislativo (con una composición básicamente similar a la existente) del prestigio de la ley 17.319 y de la trilogía de los decretos regulatorios, al señalar que aquélla ley debiera ser objeto de la necesaria adaptación al nuevo principio, ahora mandato constitucional, del dominio eminente de las provincias o la Nación según el lugar en que se encontrare el reservorio. Bajo estas premisas la Argentina reestructuró profundamente el sector petrolero, ancló la reforma del downstream gasífero, y anudó su interrelación con el sector de energía eléctrica.

Un importante flujo de inversiones se produjo bajo tal clima institucional de inversiones (como gustaría decir el Dr. Orol), expandió las fronteras de tales recursos, y permitió la más importante privatización de empresa estatal alguna en nuestro medio (YPF) marcando compromisos del Estado Argentino en dicho proceso, que basta releer en los memorandums de colocación de dichas acciones. Ello no implica una renuncia a un prudente, experimentado control consciente de estos principios básicos, pero alerta a la aplicación concreta de los mismos.

Pero ello sólo puede implementarse si se separa decididamente lo que es el rol de la legislatura -que debe cuidar la continuidad jurídica y el respeto de los derechos adquiridos-, el de los entes de control -cuya única función es vigilar la aplicación del marco legal vigente, con estrictez pero sin pretensiones legisferantes- y la de otros organismos, encargados de poner en evidencia puntuales violaciones del Poder Administrador, y, en su caso, del sector privado por delegación de aquél, sin superponerse con la jurisdicción de órganos de control en áreas donde éstos han sido creados.

La división de poderes empieza y acaba en la Constitución Nacional. A nivel del Poder Administrador, la voluntad del Estado debe ser unívoca, experta y respetuosa de sus límites, lo que impide que, desde alguna de sus dependencias o desde la Administración descentralizada se asuman críticas del marco legal existente, a aplicar.

Según últimas versiones, la instalación libre de capacidad adicional de refinación o de nuevas bocas de expendio, que estaba considerada en el proyecto, pareciera estar de alguna manera puesta en entredicho por algunos legisladores aunque no parecen existir dudas que en esta materia existen ya derechos firmemente adquiridos, cuya modificación o restricción importaría discusiones de gran envergadura.

Buenos Aires, 21 de Noviembre de 1997.