

CONGRESO NACIONAL

CÁMARA DE SENADORES

SESIONES ORDINARIAS DE 2020

ANEXO AL ORDEN DEL DÍA N° 47

27 de mayo de 2020

SUMARIO

COMISIÓN BICAMERAL PERMANENTE DE TRÁMITE LEGISLATIVO
– LEY 26122

Dictamen en la consideración del decreto 488/20 del Poder Ejecutivo.
(S.-1037/20).

DICTAMEN DE COMISIÓN

Honorable Congreso:

La Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo prevista en los artículos 99, inciso 3°, y 100, incisos 12 y 13, de la Constitución Nacional y en la ley 26.122, ha considerado el expediente 45-JGM-2020 referido al decreto delegado 488/20, del 18 de mayo de 2020, mediante el cual se dispuso, entre otras medidas complementarias, que a partir de la publicación del decreto y hasta el 31 de diciembre de 2020, las entregas de petróleo crudo que se efectúen en el mercado local deberán ser facturadas por las empresas productoras y pagadas por las empresas refinadoras y sujetos comercializadores, tomando como referencia para el "crudo tipo Medanito" el precio de cuarenta y cinco dólares estadounidenses por barril (USD 45/bbl). Además, de acuerdo con el decreto este precio será ajustado para cada tipo de crudo por calidad y por puerto de carga, utilizando la misma referencia, de conformidad con la práctica usual en el mercado local.

En virtud de los fundamentos que se exponen en el informe adjunto y por los que oportunamente ampliará el miembro informante, se aconseja resolver la aprobación del siguiente

PROYECTO DE RESOLUCIÓN

El Senado y la Cámara de Diputados,...

RESUELVEN:

Artículo 1°: Declárase la invalidez del decreto 488, del 18 de mayo de 2020.

Artículo 2º: Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

De acuerdo con las disposiciones pertinentes, el presente dictamen es remitido directamente al Orden del Día.

Sala de la comisión, 26 de mayo de 2020.

Omar B. De Marchi – Gustavo Menna – Luis A. Petri – Pablo G. Tonelli
– Luis P. Naidenoff

INFORME

1. Introducción y objeto del decreto

Por medio del expediente 45-JGM-2020, el jefe de Gabinete de Ministros ha remitido a consideración de la comisión, de conformidad con lo establecido en la Constitución Nacional y en la ley 26.122, el decreto delegado 488, del 18 de mayo de 2020, mediante el cual se dispuso, entre otras medidas complementarias consignadas en el decreto, que a partir de la publicación del decreto y hasta el 31 de diciembre de 2020, las entregas de petróleo crudo que se efectúen en el mercado local deberán ser facturadas por las empresas productoras y pagadas por las empresas refinadoras y sujetos comercializadores, tomando como referencia para el "crudo tipo Medanito" el precio de cuarenta y cinco dólares estadounidenses por barril (USD 45/bbl). Precio que será ajustado para cada tipo de crudo por calidad y por puerto de carga, utilizando la misma referencia.

En los considerandos de la medida se afirma que por el artículo 2º de la ley 17.319 se establece que las actividades relativas a la explotación, industrialización, transporte y comercialización de los hidrocarburos estarán sujetas a las disposiciones de la mencionada ley y a las reglamentaciones que dicte el Poder Ejecutivo Nacional.

Asimismo, en los artículos 3º de la ley 17.319, 2º *in fine* de la ley 26.197 y 2º de la ley 26.741 se reconoce la competencia del Poder Ejecutivo Nacional para fijar la política nacional con respecto a las actividades mencionadas y se establece que será responsable del

diseño de las políticas energéticas.

En tal marco, de acuerdo con lo establecido por el artículo 6° de la ley 17.319, el Poder Ejecutivo Nacional se encuentra facultado para reglamentar las condiciones de comercialización de los hidrocarburos sobre bases técnico-económicas razonables que contemplen la conveniencia del mercado interno y procuren estimular la exploración y explotación de hidrocarburos.

El artículo 31 de la citada ley obliga a las empresas concesionarias de explotación a realizar las inversiones necesarias para la ejecución de los trabajos que exija el desarrollo del área concesionada, asegurando la máxima producción de hidrocarburos compatible con la explotación adecuada y económica del yacimiento y la observancia de criterios que garanticen una conveniente conservación de las reservas.

De la misma manera, por el artículo 1° de la ley 26.741 se declaró de interés público nacional y como objetivo prioritario de la República Argentina el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos, así como la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de hidrocarburos, con el fin de garantizar el desarrollo económico con equidad social, la creación de empleo, el incremento de la competitividad de los diversos sectores económicos y el crecimiento equitativo y sustentable de las provincias y regiones.

Así, por el artículo 3° de la citada ley 26.741 se fijan como principios de la política hidrocarburífera de la República Argentina a: (i) la promoción del empleo de los hidrocarburos y sus derivados como factor de desarrollo e incremento de la competitividad de los diversos sectores económicos y de las provincias y regiones; (ii) la conversión de los recursos hidrocarburíferos en reservas comprobadas y su explotación y la restitución de reservas; (iii) la integración del capital público y privado, nacional e internacional, en alianzas estratégicas dirigidas a la exploración y explotación de hidrocarburos convencionales y no convencionales; (iv) la maximización de las inversiones y de los recursos empleados para

el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos en el corto, mediano y largo plazo; (v) la incorporación de nuevas tecnologías y modalidades de gestión que contribuyan al mejoramiento de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos y la promoción del desarrollo tecnológico en la República Argentina con ese objeto; (vi) la promoción de la industrialización y la comercialización de los hidrocarburos con alto valor agregado; (vii) la protección de los intereses de los consumidores relacionados con el precio, calidad y disponibilidad de los derivados de hidrocarburos y (viii) la obtención de saldos de hidrocarburos exportables para el mejoramiento de la balanza de pagos, garantizando la explotación racional de los recursos y la sustentabilidad de su explotación para el aprovechamiento de las generaciones futuras.

A su vez, mediante el artículo 9° del anexo I del decreto 1277, del 25 de julio de 2012, reglamentario de la ley 26.741, el que constituye el reglamento del régimen de soberanía hidrocarburífera de la República Argentina, se establece que los sujetos que realicen actividades de exploración, explotación, refinación, transporte y comercialización de hidrocarburos y combustibles deberán estar inscriptos en el Registro Nacional de Inversiones Hidrocarburíferas; ello como requisito indispensable para el desarrollo de su actividad en todo el territorio nacional, siendo, conforme el artículo 10 de la citada reglamentación, responsables del cabal cumplimiento de las obligaciones comprometidas en sus respectivos Planes Anuales de Inversiones.

En este escenario, a los fines de asegurar el cumplimiento de las políticas diseñadas en el Plan Nacional de Inversiones Hidrocarburíferas y de las obligaciones comprometidas por los sujetos inscriptos en el mencionado registro, por el artículo 29 del anexo del citado decreto se establece un régimen sancionatorio conforme al cual el incumplimiento de las obligaciones genera la suspensión o baja de la inscripción en el mencionado registro, hoy fusionado con el Registro de Empresas Petroleras regulado por la disposición n° 337, del 9 de diciembre de 2019, de la ex Subsecretaría de Hidrocarburos y Combustibles de la entonces Secretaría de Gobierno de Energía del ex Ministerio de Hacienda,

conforme la resolución n° 240 del 28 de septiembre de 2017 del ex subsecretario de Exploración y Producción a cargo de la entonces Secretaría de Recursos Hidrocarburíferos del ex Ministerio De Energía y Minería.

En otro orden, cabe señalar también que por el decreto 272, del 29 de diciembre de 2015, se dispone que las competencias relativas al reglamento del régimen de soberanía hidrocarburífera de la República Argentina, aprobado como anexo I del citado decreto 1277/12, serán ejercidas por la autoridad de aplicación de la ley 17.319.

Además que mediante la ley 27.007 se incorporó a la política hidrocarburífera nacional la Explotación No Convencional de Hidrocarburos líquidos y gaseosos, lo que impulsó el desarrollo de estos reservorios como así también los Proyectos de Producción Terciaria, Petróleos Extra Pesados y Costa Afuera; y, en el marco de esta normativa, se encuentran en marcha numerosos proyectos hidrocarburíferos que generan fuentes de trabajo directas e indirectas, desarrollo local e ingresos fiscales a las provincias, proyectos que requieren inversiones a largo plazo y previsibilidad en los precios.

En tal sentido, por el artículo 1° de la ley 27.541 se declaró la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, y se delegaron en el Poder Ejecutivo Nacional determinadas facultades en los términos del artículo 76 de la Constitución Nacional, hasta el 31 de diciembre de 2020.

Asimismo por el decreto de necesidad y urgencia 260/20 y su modificatorio se amplió en nuestro país la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la ley 27.541, por el plazo de un (1) año, en virtud de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con el COVID-19.

El contexto internacional generado por dicha pandemia ha provocado una abrupta caída en el nivel de precios del petróleo crudo y sus derivados a nivel internacional, lo cual impacta en los precios del petróleo crudo comercializado en el mercado local. Y las

consecuencias de este conjunto de circunstancias aún no son previsibles ni en su magnitud ni en su duración.

La realidad de la logística de petróleo crudo y combustibles nacionales, según se afirma en los fundamentos del decreto bajo análisis, hace que las señales de precios internacionales sobre el mercado local no puedan ser acompañadas en la práctica por las necesarias adaptaciones de las capacidades logísticas y operativas locales, lo cual genera una distorsión entre los precios de referencia del mercado internacional y las capacidades de respuesta de la oferta local.

En consecuencia, la drástica caída del precio internacional del barril de petróleo produce un grave perjuicio a la actividad del sector hidrocarburífero nacional, lo que provoca una fuerte disminución de los niveles de producción de petróleo crudo y de sus derivados, al tiempo que aumenta el riesgo de que la producción nacional no alcance a cubrir las necesidades del mercado interno.

Esta situación coyuntural de emergencia, por tanto y a criterio del Poder Ejecutivo, obligó a tomar medidas conducentes para preservar los niveles de actividad y de producción de la industria hidrocarburífera en sus distintas etapas, con el propósito de mantener las pautas de inversión tendientes al logro del autoabastecimiento de hidrocarburos, asegurar las fuentes de trabajo del sector y cumplir cabalmente los principios y fines de la soberanía hidrocarburífera de nuestro país.

Por ende, se consideró necesario fijar en forma transitoria el precio de comercialización en el mercado local del barril de petróleo crudo, con el fin de que las empresas productoras puedan cubrir los costos operativos y sostener los niveles de actividad y de producción imperantes al momento previo al inicio de la crisis epidemiológica, tomando en consideración la situación actual de contracción de la demanda, producto de la pandemia de COVID-19, dentro de los parámetros de explotación adecuada y económica previstos en el artículo 31 de la ley 17.319.

2. Competencia de la comisión

Aclarado lo anterior y de acuerdo con la naturaleza de la norma bajo análisis, cabe señalar que estamos en presencia de un decreto delegado, dictado por el presidente de la Nación, en su condición de sujeto constitucionalmente habilitado para el ejercicio de facultades delegadas por el Congreso Nacional, tal como lo consagra el artículo 76 de la Constitución Nacional y lo autoriza expresamente el artículo 52 de la ley 27.541.

La habilitación legislativa —aludida en el párrafo anterior— con que cuenta el titular del Poder Ejecutivo para la emisión de un decreto delegado, exige que necesariamente se recurra al procedimiento especial de control establecido por el artículo 100, inciso 12, de la Constitución Nacional y por el artículo 13 de la ley 26.122, con el propósito de que la Comisión Bicameral Permanente se expida —a través de un dictamen— acerca de la validez o invalidez del decreto, para que posteriormente dicho dictamen sea elevado al plenario de cada cámara para su expreso tratamiento.

Este criterio que el constituyente reformador de 1994 consagró y que luego el legislador perfeccionó, permite el ejercicio por parte del Poder Ejecutivo de facultades delegadas por el Congreso de la Nación solamente cuando tal delegación se refiera a materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.

Bajo tal inteligencia, como quedó dicho, el decreto delegado debe ser sometido al control posterior de validez del Poder Legislativo, en su condición de órgano constitucional representativo de la voluntad popular y cuya función propia es la sanción de leyes.

3. Adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales

a) Requisitos formales

El artículo 100, inciso 12, de la Constitución Nacional establece que al jefe de Gabinete de Ministros le corresponde *"refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente"*. Del enunciado se extraen dos recaudos formales que deben ser comprobados por la comisión: (a) que el decreto delegado esté refrendado por el jefe de Gabinete de Ministros; y (b) que el decreto esté sujeto al control de la Comisión Bicameral Permanente.

A estas exigencias constitucionales debemos sumar un tercer recaudo legal que consiste en que *"el Poder Ejecutivo, dentro de los diez días de dictado un decreto de delegación legislativa lo someterá a consideración de la Comisión Bicameral Permanente"* (art. 12 de la ley 26.122).

El primer análisis de un decreto delegado a la hora de dictaminar acerca de su validez debe ser, entonces, el referido a los mencionados recaudos formales. Sólo luego de superado ese primer control, corresponde considerar la existencia, o no, de los recaudos sustanciales.

Por lo tanto y en lo particular cabe tener por cumplidos los tres requisitos formales requeridos para la validez del decreto 488/20, toda vez que: (a) lleva la firma del presidente de la Nación, de los correspondientes ministros (de conformidad con el artículo 100, párrafo 1º, de la Constitución Nacional) y del jefe de Gabinete de Ministros (de acuerdo con el artículo 100, inciso 12, de la Constitución Nacional); (b) fue remitido a la comisión el 20 de mayo de 2020 (cfr. mensaje 42/2020) por este último funcionario dentro del plazo estipulado por el artículo 12 de la ley 26.122; y (c) el decreto delegado se encuentra sujeto al control de validez por parte de la Comisión Bicameral Permanente, la cual debe elevar el dictamen al plenario de cada cámara para su expreso tratamiento.

b) Requisitos sustanciales

El artículo 76 de la Constitución Nacional consigna, como principio general, la prohibición de la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de

emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. De modo que para que el Poder Ejecutivo pueda ejercitar válidamente las atribuciones que le fueron conferidas por el Congreso Nacional, resulta imprescindible que la delegación esté circunscripta a los límites materiales y temporales exigidos por la Constitución Nacional.

En función de ello y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 26.122, el presente dictamen debe pronunciarse sobre la adecuación del decreto a los siguientes recaudos sustanciales: (a) que el decreto se limite a "materias determinadas de administración o emergencia pública"; (b) que se encuentre dictado dentro del plazo fijado para su ejercicio; y (c) que se mantenga "dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca".

i. Adecuación del decreto a materias determinadas de administración o emergencia pública

Para analizar si el decreto delegado se adecúa a materias determinadas de administración o emergencia pública, es necesario verificar en primer término la existencia expresa de las habilitaciones legales que autorizan la emisión de la medida ejecutiva.

En tal sentido, el decreto bajo estudio expresa en su último considerando que la medida se dicta *"en uso de las atribuciones conferidas por los artículos 76 y 99, incisos 1 y 2 de la Constitución Nacional, y el artículo 52 de la ley 27.541"*.

Este artículo, que habilita la delegación, establece lo siguiente:

"Establécese que, en el marco de las facultades acordadas al Poder Ejecutivo nacional mediante los artículos 755 y concordantes de la ley 22.415 (Código Aduanero) y sus modificatorias, se podrán fijar derechos de exportación cuya alícuota no podrá superar en ningún caso el treinta y tres por ciento (33%) del valor imponible o del precio oficial FOB.

Se prohíbe que la alícuota de los derechos de exportación supere el treinta y tres por ciento (33%) del valor imponible o del precio oficial FOB para las habas (porotos) de soja.

Se prohíbe superar el quince por ciento (15%) para aquellas mercancías que no estaban sujetas a derechos de exportación al 2 de septiembre de 2018 o que tenían una alícuota de cero por ciento (0%) a esa fecha.

Se prohíbe superar el cinco por ciento (5%) de alícuota para los productos agroindustriales de las economías regionales definidas por el Poder Ejecutivo nacional.

Las alícuotas de los derechos de exportación para bienes industriales y para servicios no podrán superar el cinco por ciento (5%) del valor imponible o del precio oficial FOB.

Las alícuotas de los derechos de exportación para hidrocarburos y minería no podrán superar el ocho por ciento (8%) del valor imponible o del precio oficial FOB. En ningún caso el derecho de exportación de hidrocarburos podrá disminuir el valor Boca de Pozo para el cálculo y pago de regalías a las provincias productoras.

El sesenta y siete por ciento (67%) del valor incremental de los derechos de exportación previstos en esta ley, será destinado al financiamiento de los programas a cargo de la Administración Nacional de la Seguridad Social y a las prestaciones del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados. El tres por ciento (3%) se destinará a la creación de un Fondo solidario de competitividad agroindustrial para estimular la actividad de pequeños productores y cooperativas a través de créditos para la producción, innovación, agregado de valor y costos logísticos. Este Fondo será administrado por el Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca.

Exceptúase del pago de los derechos que gravan la exportación para consumo a las empresas del Estado regidas por la ley 13.653 y las sociedades del Estado regidas por la ley 20.705 que tengan por objeto desarrollar actividades de ciencia, tecnología e innovación. El Poder Ejecutivo nacional podrá utilizar la facultad prevista en el artículo 755, apartado b), de la ley 22.415 (Código Aduanero) respecto de entidades estatales o con participación

estatal que tengan como finalidad principal desarrollar actividades de ciencia, tecnología e innovación.

El Poder Ejecutivo nacional podrá ejercer estas facultades hasta el 31 de diciembre de 2021".

En virtud de lo expuesto, se puede afirmar que la habilitación legal se encuentra vigente y no está formulada de forma genérica. Resta ahora considerar si tal delegación constituye materia de administración o emergencia pública.

i) a) Materias determinadas de administración

La Corte Suprema de la Nación ha sostenido que el artículo 76 de la Constitución Nacional prohíbe la delegación legislativa, de manera general, admitiéndola en supuestos puntuales, esto es, en materia de emergencia pública y de administración.

A su vez, señaló que el art. 99, inc. 3ro, veda terminantemente al Poder Ejecutivo emitir disposiciones de carácter legislativo, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, aunque también reconoce excepciones al permitir el dictado de decretos de necesidad y urgencia cuando se den determinadas condiciones, excluyendo de ellas la materia tributaria. En este mismo sentido, expresó que, para preservar la división de competencias entre los poderes del Estado, la interpretación en esta materia ha de ser estricta. (C.S.J.N. "Camaronera Patagónica S.A. c/ Ministerio de Economía y otros s/ amparo").

El mismo tribunal ha expresado categóricamente que "los principios y preceptos constitucionales prohíben a otro Poder que el Legislativo el establecimiento de impuestos, contribuciones y tasas" (Fallos: 155:290; 248:482; 303:245; 312:912, entre otros) y, en forma concordante, ha afirmado en reiteradas oportunidades que ninguna carga tributaria puede ser exigible sin la preexistencia de una disposición legal encuadrada dentro de los preceptos y recaudos constitucionales, esto es, válidamente creada por el único poder del Estado investido de tales atribuciones (arg. Fallos: 316:2329; 318: 1154; 319:3400; 321:366 y 263; 323:240, entre muchos otros). (C.S.J.N. "Camaronera Patagónica S.A. c/ Ministerio

de Economía y otros s/ amparo").

Esta consolidada doctrina fue sostenida, sin grietas, aun en casos donde se cuestionó el establecimiento de un tributo, o su modificación o ampliación, mediante un decreto de necesidad y urgencia al afirmarse que' la materia tributaria supone una limitación constitucional infranqueable para el Poder Ejecutivo, un valladar que no cede ni aún mediante decretos de la naturaleza señalada (Fallos: 318:1154; 319:3400 y 323:3770, entre otros). Tesitura que el constituyente de. 1994 mantuvo, sin hesitaciones, al redactar el actual inc. 3° del arto 99 de nuestra Ley Fundamental. (C.S.J.N. "Camaronera Patagónica S.A. c/ Ministerio de Economía y otros s/ amparo").

También, el máximo tribunal ha sido contundente al sostener sobre tal punto que "no puedan caber dudas en cuanto a que los aspectos sustanciales del derecho tributario no tienen cabida en las materias respecto de las cuales la Constitución Nacional (art. 76), autoriza, como excepción y bajo determinadas condiciones, la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo" (Fallos: 326:4251). (C.S.J.N. "Camaronera Patagónica S.A. c/ Ministerio de Economía y otros s/ amparo").

En efecto, el decreto 488/2020 avanza sobre materia tributaria, respecto de las cuales el Poder Ejecutivo tiene totalmente vedado emitir disposiciones de carácter legislativo. Ni siquiera en situaciones de necesidad y urgencia porque ello, como ya se dijo, está expresamente prohibido por el art. 99 inc. 3 de la Constitución. En el art. 7° del decreto 488/2020 se emite una disposición de claro contenido tributario, al disponerse una modificación de las alícuotas de los derechos de exportación. Se establece allí una fórmula con un valor base de u\$s45 y un valor de referencia de u\$s 60 el valor de referencia, en ambos casos del barril del petróleo Ice Brent. Por su parte, se dispone que si el valor se sitúa por debajo del valor base la alícuota del derecho de exportación será igual al 0%; si se ubica por arriba del valor de referencia lo será del 8% y si resulta ser de un precio entre el base y el de referencia, la alícuota será superior al 0% pero inferior al 8% conforme un cálculo resultante de

una fórmula contenida en la misma cláusula del decreto. Como puede apreciarse, y más allá de que en su contenido parece ser una solución apropiada el de eximir derechos de exportación cuando el producto se sitúa en un valor tan bajo, lo cierto es que se trata de una norma de contenido tributario, ya que uno de los elementos de la relación tributaria lo es la fijación de la alícuota a que recae sobre el hecho imponible. Así como no puede concebirse un tributo sin hecho imponible, base imponible y sujeto obligado, tampoco puede serlo sin la determinación de la alícuota, es decir la porción del patrimonio o renta sobre el cual habrá de impactar la detracción patrimonial que supone un impuesto. Luego, al definir la determinación de la alícuota de un derecho de exportación e incluso un supuesto de eximición del tributo, se está ejerciendo potestad tributaria. Esta competencia es exclusiva e indelegable del Congreso Nacional para el caso de los tributos federales, lo cual se desprende de modo patente de los arts. 4; 9; 17; 52 y 75 incs. 1 y 2, a lo que hay que adicionar la prohibición expresa del artículo 99, inciso 3°.

i) b) Emergencia pública

Por otro lado, en cuanto al significado constitucional de "*emergencia pública*", la jurisprudencia ha señalado que debe responder a una situación de hecho comprobable en la realidad, pues en palabras de la Corte, el alto tribunal "*en ejercicio de esa facultad de control ante el dictado por el Congreso de leyes de emergencia, ha verificado desde el precedente Fallos 136:161 ('Ercolano') la concurrencia de una genuina situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad, esto es, corroborar que la declaración del legislador encuentre debido sustento en la realidad (Fallos 172:21, 'Avico'; 243:449, 'Nadur'; 313:1638, 'Videla Cuello'; 330:855, 'Rinaldi', entre muchos otros)*" (CSJ, "Consumidores Argentinos c/ EN – PEN – Dto. 558/02-SS – ley 20.091 s/ amparo ley 16.986", sentencia del 19 de mayo de 2010, considerando 11).

Asimismo, se ha establecido una posible definición en el precedente "Peralta", refiriéndola como "*sucesos que conmuevan a la vida de*

la sociedad, amenacen llevarla a la anomia y la inviabilidad de la vida política organizada, como puede ser hoy el descalabro económico generalizado, del mismo modo que lo fue ayer la discordia entre las provincias, allí deben actuar los Poderes del Estado para evitar que se malogren aquellos esfuerzos, dilatados y penosos, retrotrayendo al país a estadios superados de fragmentación, desorden, falta de un imperio extendido del derecho" (CSJ, "Peralta, Luis Arcenio y otro v. Estado Nacional", sentencia del 27/12/1990, considerando 35).

Del mismo modo, se expresó que las situaciones de emergencia son aquellas que *"derivan de acontecimientos extraordinarios, imprevisibles o bien inevitables con los recursos ordinarios, y que tienen una repercusión muy honda y extensa en la vida social, de suerte que demandan remedios también extraordinarios"* (CSJ, caso "Perón", Fallos 238-123, 1957), o que las perturbaciones económicas autorizan *"el ejercicio del poder de policía del Estado en forma más enérgica que la que admiten períodos de sosiego y normalidad"* (CSJ, caso "Martini", Fallos 200-245, 1944).

Por otro lado, respecto de las diferentes declaraciones legales de emergencia pública, es dable señalar que con fecha 21 de diciembre de 2019, se sancionó la ley 27.541 de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el Marco de la Emergencia Pública, la cual declaró la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, hasta el 31 de diciembre de 2020.

En este sentido, se puede afirmar que el decreto delegado 488/20 ha sido dictado conforme a los criterios expuestos.

ii) Emisión del decreto dentro del plazo comprendido en la ley delegante

El Congreso debe fijar un término para el ejercicio de la atribución delegada y nada impide que éste sea prorrogado (Néstor Pedro

Sagüés, *Manual de Derecho Constitucional*, p. 382).

En este sentido, como quedó dicho más arriba, si la ley 27.541 declaró la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, hasta el 31 de diciembre de 2020, toda aquella delegación legislativa que se base en esa emergencia, como es el caso, tiene un plazo de duración hasta tal fecha. Es decir, el plazo de duración está condicionado hasta tanto perdure la emergencia legalmente declarada.

Merced a lo expuesto, cabe tener por cumplido el recaudo bajo análisis.

iii) Adecuación del decreto a las bases fijadas por la ley delegante

Las bases de la delegación son aquellas pautas, criterios o directrices, que debe indicar el Congreso en la ley delegante, para que el Poder Ejecutivo se circunscriba materialmente a ellas al momento de dictar un decreto delegado. Cuanto más preciso, claro y previsible sea ese marco, más ajustado a la seguridad jurídica estará el decreto.

Este ha sido el criterio de la Corte Suprema al fallar en la causa "Colegio Público de Abogados de Capital Federal". Se estableció en esa oportunidad que: 1) la delegación sin bases está prohibida; y 2) cuando las bases estén formuladas en un lenguaje demasiado genérico e indeterminado, la actividad delegada será convalidada por los tribunales si el interesado supera la carga de demostrar que la disposición dictada por el presidente es una concreción de la específica política legislativa que tuvo en miras el Congreso al aprobar la cláusula delegatoria de que se trate. Así, por ser amplia e imprecisa, la delegación no confiere atribuciones más extensas, sino, al revés, a mayor imprecisión, menor alcance tendrá la competencia legislativa que podrá el Ejecutivo ejercer válidamente (CSJ, "Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ EN - PEN - ley 25.414 - dto. 1204/01 s/ amparo", sentencia del 4 de noviembre de 2008, considerando 12).

En efecto, el art. 1° del decreto 488/2020 le impone un precio de compra del petróleo crudo a las refinadoras establecidas en el país, de u\$s 45 el barril. Pese a tratarse de una commodity, el decreto no da precisiones de quién se hará cargo de pagar la diferencia existente entre el precio establecido por la norma y el precio de mercado del producto. A tal punto es ello así que la referencia para la activación o desactivación del precio sostén es el valor del barril del "Ice Brent Primera Línea". En la definición del decreto, si el precio de este último es inferior a u\$s 45 el barril opera el precio sostén. Si en cambio este último cotiza por al menos diez días consecutivos por arriba de ese monto en el Platts Crud Marketwire bajo el encabezado "Futures", queda sin efecto. A su vez, se destaca que el precio de referencia se establece para un solo tipo de petróleo: el Medanita. No se especifica qué pasa con el resto, por caso el Escalante, que es el que se produce en la zona de más producción del país, que es la Cuenca del Golfo San Jorge, que abarca el sur de la Provincia del Chubut y el norte de la Provincia de Santa Cruz. En otro orden de ideas, la norma deja abierto y sin definir el modo ni la autoridad de resolución, el precio de "cada tipo de crudo por calidad y puerto de carga", lo cual además de irregular deja un espacio importante para la discrecionalidad y la arbitrariedad burocrática.

Vale agregar que, es patente que el Decreto 488/2020 se ha dictado sin tomar en consideración lo que prescribe el art. 6 de la Ley de Hidrocarburos (ley 17.319), que básicamente contempla esa posibilidad en situaciones de insuficiencia de la producción nacional para satisfacer las necesidades del mercado interno.

El decreto 488/202 carece de precisión para definir al encargado y responsable de financiar la diferencia que deberán abonar las refinadoras a las productoras de petróleo crudo entre el valor real y el establecido en el Decreto (para el mes de agosto de 2020 figura en pizarra de "futures" con un precio de u\$s 35,70 y en la actualidad cotiza a u\$s 35,25), hace presumir que el mismo será traslado a los consumidores de combustibles tales como naftas y gas oil, ya

que en la norma no está contemplado ningún subsidio de origen estatal. Esta solución, consistente en cargar sobre los consumidores el reconocimiento de un precio ficticio a favor de las empresas productoras de petróleo que operan los distintos yacimientos vulnera abiertamente el deber que tienen las autoridades públicas de proveer a la protección de los derechos de los primeros en la relación de consumo, deber este que emerge como un mandato inexcusable del artículo 42 de la Constitución Nacional. Y cuando afirmamos esto no nos referimos únicamente a que este perjuicio provenga de un incremento en el valor de los combustibles en el surtidor, sino que también se configura por la vía de no verse beneficiados por una reducción en el precio del producto. Adviértase sobre esto último que los precios de los combustibles al público consumidor son hoy los mismos que en el mes de enero de este año, cuando su principal insumo, el petróleo crudo, cotizaba a u\$s 68 el barril. ¿Cómo es posible entonces que con un precio que está casi un 50% por debajo y que en el mes de abril llegó incluso a cotizarse muy por debajo de los u\$s 30, en ningún caso los consumidores de nuestro país pudieron verse beneficiados con una baja en el precio del producto final? Claramente, la norma en análisis no solo se alza contra el mandato de tutela de los derechos de consumidores que consagra el art. 42, sino que además viene a imponer una contribución forzosa a estos últimos, para generar los fondos con los cuales las refinadoras puedan pagar a las empresas productoras de petróleo un precio muy por arriba del de mercado, impuesto por vía de decreto. En un momento en que la actividad económica cae estrepitosamente y las pequeñas y medianas empresas afrontan severas dificultades para sostenerse abiertas prácticamente sin ventas, un sector ultra concentrado de la economía, que además explota por vía de concesión en contratos de exclusividad recursos naturales de propiedad de las provincias, se ve beneficiado con un precio irreal, muy por encima del valor de mercado, que termina siendo pagado por los consumidores, entre los cuales están, precisamente, esas pequeñas y medianas empresas que hoy se encuentran casi al borde de la quiebra. Esta enorme transferencia de recursos hacia

muy pocas compañías productoras va a ser sufragada por miles de consumidores, trabajadores, desempleados, cuentapropistas, profesionales independientes, productores agropecuarios, transportistas, pequeñas y medianas empresas, como si fuera un tributo de sostenimiento a unas pocas compañías petroleras, lo que claramente es ilegal ya que como es sabido, un Decreto tiene vedado incursionar en materia tributaria. Este verdadero privilegio legal estructurado a favor de un sector sumamente concentrado y dispuesto a expensas de los intereses y derechos de consumidores, pretender fundarse en el beneficio de los puestos de trabajo y la actividad de las empresas contratistas. Esto no es cierto. En la norma no existe absolutamente ninguna salvaguarda hábil y conducente de estos derechos. Únicamente contempla la norma una fórmula vaga e imprecisa en su art. 2º, en el que se apela a la buena voluntad únicamente y se expresa que las productoras deberán mantener los niveles de actividad y producción existentes durante 2019, sin brindar absolutamente ninguna pauta o especificación.

A su vez, otro de los párrafos de ese artículo 2º expresa que las empresas productoras deberán sostener los contratos existentes a fines de 2019 con las empresas productoras de servicios y la planta de trabajadores y trabajadoras.

Esta afirmación implica ignorar lo que está ocurriendo en el sector, lo cual se compadece con un Secretario de Energía ausente y sin definiciones estratégicas. Desde que comenzó la crisis más aguda del sector, antes incluso de la irrupción del COVID19 y como consecuencia de las desavenencias entre Rusia y Arabia Saudí en el seno de la OPEP, que disparó la caída persistente en el precio del barril de petróleo crudo, la mayoría de las operadoras han mermado su actividad y producción. De hecho, la petrolera de mayoría estatal, YPF SA, ha sido una de las que dispuso suspensiones de contratos con empresas regionales, trasladándoles a estas últimas el peso y las consecuencias de la crisis.

Y además, el decreto ignora en su formulación que en el mercado

laboral de los hidrocarburos, la mayoría de las relaciones de trabajo no se dan con las productoras sino con las empresas contratistas. De modo tal que al imponer en el art. 2° del decreto como pretendida contraprestación de las productoras el sostenimiento de los puestos de trabajo existentes a fines de 2019 es una evidencia de ignorancia de la realidad del sector, o un engaño. La mayoría de los empleados dependen de las empresas contratistas, esas mismas empresas que no están contempladas para los beneficios del precio sostén y, muy por el contrario, han debido soportar muchas de ellas las decisiones de suspensiones contractuales por parte de YPF SA.

El decreto bajo análisis afecta también la organización federal. En su art. 2° confiere al Ministerio de Desarrollo Productivo y a la Secretaría de Energía, atribuciones para aplicar las sanciones previstas por incumplimiento a los planes de inversión. Estas atribuciones están contempladas en el decreto 1.277/12, el que se encuentra derogado en buena parte de sus disposiciones por el decreto 272/2015. Esto quebranta las autonomías provinciales, que por virtud de lo dispuesto en el párrafo final del artículo 124 de la Constitución Nacional, tienen el dominio originario de los recursos naturales existentes en sus territorios. Entre ellos, claro está, el petróleo. Luego, ¿con qué fundamento podría una norma federal como este Decreto arrogarse potestades de fiscalización y sanción sobre los planes de inversión de las operadoras de yacimientos, si la competencia para ello es de cada Estado provincial otorgante de las respectivas concesiones de operación y explotación de sus propios yacimientos? Se pasa por alto que incluso antes de la reforma constitucional de 1994, en 1992, la llamada Ley de Federalización de Hidrocarburos (ley 24.145), había dispuesto este reconocimiento –solo que condicionado al vencimiento de las concesiones que el Estado Nacional otorgaba en esa misma norma-, y posteriormente terminó de perfeccionar la ley 26.197, también conocida como “ley corta”. Con posterioridad a ello, hace más de diez años, las provincias asumieron en plenitud su condición de dueñas y titulares del recurso, y con ello todas las potestades que tal condición involucra: el otorgamiento de concesiones, la fiscalización, el poder sancionador. Este decreto se alza contra la el

art. 124 de la Constitución al pretender poner esas atribuciones en manos de un Ministro y un Secretario del Estado federal, desbaratando con ello lo que disponen los arts. 5 y 121 de la Constitución Nacional.

Por lo demás, y en una evidencia de incongruencia intrínseca de la norma, el art. 11 del decreto dispone la derogación del decreto 2.271/94 que por vía de reglamentación del art. 87 de la Ley de Hidrocarburos (ley 17.319) establecía el monto de las multas para el caso de incumplimiento de concesionarias. De resultados de lo cual, al no actualizar sus disposiciones o suplantarlos por otros valores, sino ir por el expediente de la derogación lisa y llana, termina quedando sin instrumento sancionatorio como no sea con los valores de multas de una norma que data de 1967.

En consecuencia, se puede confirmar que la delegación legislativa que da lugar al decreto 488/20, no resulta acorde a los criterios de validez expuestos. En este sentido, el ejercicio de la medida delegada al Poder Ejecutivo no respeta lo establecido en las normas delegantes.

4. Conclusión

Por los fundamentos expuestos, dado que se encuentran cumplidos los requisitos formales pero no los sustanciales establecidos en la Constitución Nacional y en la ley 26.122, la comisión propone que se resuelva declarar expresamente la invalidez del decreto delegado 488 del Poder Ejecutivo nacional, del 18 de mayo de 2020.

DECRETO N° 488/2020

Gustavo Menna – Pablo G. Tonelli.-

*VERSION PRELIMINAR SUSCEPTIBLE DE CORRECCIÓN UNA VEZ CONFRONTADO CON EL EXPEDIENTE ORIGINAL