



GOBIERNO DE MENDOZA
FISCALIA DE ESTADO

**Ref. Expte. N°1003-S-2012-30093-
"Concesiones con baja
productividad y sin inversiones
recientes en la provincia de
Mendoza".**

**AL SEÑOR FISCAL DE ESTADO
DE LA PROVINCIA DE MENDOZA
DR. JOAQUIN DE ROSAS**

S / D

Vienen a esta Dirección de Asuntos Administrativos las presentes actuaciones con el objeto de que se emita dictamen legal en relación al Proyecto de Decreto obrante a fs. 36/39, por el cual se dispone la caducidad de las concesiones de explotación de las Áreas denominadas "Ceferino" y "Cerro Mollar", cuyo actual titular es Y.P.F. S.A. (conforme surge de las Decisiones Administrativas Nros. 517/2005 y 415/1997 respectivamente), por haberse acreditado el incumplimiento sustancial e injustificado de las obligaciones establecidas en materia de productividad, inversiones y trabajos.

I. - Se han agregado a estas actuaciones las siguientes constancias relevantes: a fs. 1, rola Informe de la Dirección de Hidrocarburos, en el cual se deja expresa constancia de que las Áreas en cuestión, "*deben ser incluidas bajo la denominación de Áreas de baja productividad y cero inversiones desde el año 2006*", destacando que no son "*conocidas por esta dependencia planes de inversiones o actividades que tiendan a revertir dicha situación...*" (último párrafo de la nota citada) –cursiva me pertenece-; a fs. 2 y 4, se agregan constancias del emplazamiento efectuado a la empresa Y.P.F. S.A. (Nota N°20/2012 del 08/03/2012 y cédula de notificación cursada en

igual fecha al domicilio denunciado, respectivamente) para que acompañe el plan de inversión que se encuentra ejecutado en las mencionadas áreas, y/o un plan de inversión en el desarrollo de las mismas, y un plan de inversión en exploración complementaria, todo ello en el marco de lo dispuesto en el artículo 31 y 80 inc. c) de la Ley Nacional de Hidrocarburos N°17.319; a fs. 6/29, surge adjuntada Nota presentada por Y.P.F. S.A., en la cual vierte distintos argumentos respecto de las Áreas concesionadas, solicitando se tengan presentes las explicaciones vertidas y en subsidio el plan de trabajos propuesto. A fs. 30/31, emite nuevo Informe la Dirección de Hidrocarburos en el que acredita diversos incumplimientos por parte de la empresa presentante, así como la ausencia de justificación de la falta de inversión y otros aspectos relevantes (remito al informe citado); a fs. 32/35, la Asesoría Letrada de Subsecretaría de Energía y Minería emite dictamen legal respecto de la posibilidad de disponer la CADUCIDAD de las Áreas señaladas, a cuyo texto remito y doy por reproducido en mérito a la brevedad, y, finalmente, a fs. 36/39, se incorpora Proyecto de Decreto disponiendo la mencionada sanción extintiva del contrato de concesión así como otras medidas asegurativas del patrimonio del estado y de la continuidad en la operación de los yacimientos de marras.

II. - En este estado, toma intervención esta Fiscalía de Estado en el marco de las atribuciones que ejerce como Ministerio Público (protección del interés público y de los intereses colectivos) y del Ministerio Fiscal (defensa del patrimonio de la colectividad y del Estado) - arts. 177 de la Constitución Provincial, en concordancia con los arts. 8, 10, 47 y 48; y Leyes N° 728 y 4418 y Resolución 03/90 y 01/91 de Fiscalía de Estado-, centrando el análisis de legitimidad del procedimiento desarrollado y del proyecto de Decreto propuesto en el marco de las disposiciones esenciales que resultan aplicables, esto es arts. 41 y 43 de la Constitución Nacional y 1 de la Constitución Provincial, Leyes Nacionales Nros. 17.319, 23.696, 26.196 y 25.675¹; Ley provincial N°5961 y Decretos Reglamentarios Nros. 437/93 y

¹ Ello sin perjuicio de la necesidad de verificar la eventual aplicación de otras normas nacionales vinculadas a la materia que nos ocupa, también de "presupuestos mínimos", tales como la Ley N° 25.612 de Residuos industriales y actividades de servicios (relacionada con la ley 24.051 de residuos peligrosos).- 2002, la Ley N°25.688 de gestión ambiental del agua.- 2002, la Ley N°25.670 de PCBs- 2002-, la Ley N°25.831 de Información Pública Ambiental - enero 2004-, la Ley N°25.916 de residuos domiciliarios - septiembre 2004-, la Ley N° 26.331 de protección a bosques nativos - noviembre de 2007. Todas estas leyes son iguales en jerarquía y en general están complementadas por leyes provinciales.



mod. 170/08 y Ley Provincial N°7526 y mod., considerando precedente efectuar las siguientes consideraciones:

1. La eventual emisión del acto administrativo de CADUCIDAD del Área, en principio, es facultad del Poder Ejecutivo Provincial, según surge de los arts. 128 inc. 1 de la Constitución Provincial y arts. 1 y 28 de la Ley N°7526², sin perjuicio de que este órgano de control ha emitido opiniones entendiendo que diversas atribuciones (entre las cuales podría situarse la presente) podría también ejercerla el actual Ministro de Infraestructura y Energía –según Ley N°8385³- (ex Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Transporte, en el marco de la derogada Ley N°7826⁴), en virtud de la previsión de los arts. 29 y 31⁵ de la Ley N°7526, concordada con la previsión del art. 22 inc. o) de la Ley N°8385⁶ (debiendo destacarse que en aquel supuesto se trataba de la aceptación de una “renuncia” - respecto de lo que no existe norma expresa atributiva-, por lo que, además de los argumentos precedentes, se recurrió al que surge del juego armónico de las normas mencionadas, en donde se verificaba que era una facultad razonablemente implícita⁷ entre las competencias que

² Art. 3: “El Poder Ejecutivo otorgará permisos de exploración y concesiones temporales de explotación y transporte de hidrocarburos, con los requisitos y en las condiciones que determina esta ley”. Art. 7: “Los permisos de exploración serán otorgados por el Poder Ejecutivo a las personas físicas o jurídicas...”.

³ Sancionada el 06/12/2011, B.O. 07/12/2011.

⁴ Expte. N°1214-A-2011-30093 “Apache Petrolera Argentina S.A., Ref. Información sobre área de concesión “Lindero de Piedra” (CNQ-19)”, entre otros. Se deja constancia de que el análisis respectivo refería a la Ley N°7826 (Ley de Ministerios vigente a la fecha de emisión) que guarda analogía con las previsiones que, al respecto ostenta la Ley N°8385, especialmente en lo referido al inciso “o” del art. 19 de la Ley N°7826 y del art. 22 de la Ley N°8385.

⁵ El art. 29 de la Ley N°7526 (modificada por la Ley N°7911, ratificatoria de los Decretos Nros. 378/08 y 379/08 –arts. 1 a 7 y 9 a 11-) determina: “El Poder Ejecutivo, fijará la Política Hidrocarburífera de la Provincia, y la ejecutará a través del Ministerio que corresponda, como Autoridad de Aplicación, a los efectos del otorgamiento de los permisos de exploración y concesiones de explotación, almacenaje y transporte, prórrogas de plazos y autorización de cesiones sobre aquellas áreas que reviertan a la Provincia en virtud del régimen jurídico nacional como así también las que se definan en los planes de exploración y/o explotación que a tal efecto se elaboren”. (TEXTO MODIFICADO POR LEY 7911, ART. 4).

A su vez, el art. 31 del mismo instrumento legal determina en forma expresa cuáles son las facultades que se reserva en forma exclusiva (“privativa” consigna la ley) el Poder Ejecutivo, no estando comprendida la facultad en cuestión, relativa a la adjudicación de un área para exploración. Se lee en el citado artículo: “Compete al Poder Ejecutivo, en forma privativa, la decisión sobre las siguientes materias: a) Determinar las zonas de la Provincia en las cuales interese promover las actividades regidas por esta Ley. b) Estipular soluciones arbitrales y designar árbitros. c) Anular o dejar sin efecto los concursos. d) Determinar las zonas vedadas al reconocimiento superficial. e) Fijar las compensaciones reconocidas a los propietarios superficiarios. f) Modificar el valor de los cánones de exploración, explotación y multas. g) Reglamentar aspectos concernientes a la producción, comercialización y distribución de hidrocarburos.

⁶ El art. 22 de la Ley N°8385, prevé expresamente como facultad del Ministerio de Infraestructura y energía en su inciso o) la de “... Ejercer como autoridad de aplicación para el otorgamiento de prórrogas de plazos y autorización de cesiones sobre aquellas áreas que correspondan o reviertan a la Provincia en virtud del régimen jurídico nacional, como así también las que se definan en los planes de exploración y/o explotación de hidrocarburos que a tal efecto se elaboren...”.

⁷ En términos generales (y sin desconocer la diversidad de posiciones doctrinarias existentes en relación a este tema), la “competencia” puede conceptualizarse como el conjunto de poderes, facultades y atribuciones que el ordenamiento jurídico le atribuye a un órgano o ente estatal (conf. CASSAGNE, Juan Carlos, en “Derecho Administrativo”, T-II, 5ta. Ed.

poseía asignadas ese órgano ministerial, resultando además de aplicación el principio "quien puede lo más puede lo menos"⁸).

2. El trámite administrativo, se encuentra enmarcado en las facultades que el Gobierno de la Provincia de Mendoza tiene como consecuencia de la delegación efectuada por el Gobierno Nacional, respecto del manejo de los recursos naturales, realizado por la modificación del artículo 124 de la Constitución de Nacional⁹, concordante con el art. 1 de la

Actualizada, Abeledo Perrot, Bs. As., 1996, pp. 132), habiéndose entendido, que "alcance de la competencia de un órgano o ente estatal se determina, en primer lugar, por el texto expreso de la norma que la regule, en segundo lugar por el contenido razonablemente implícito inferible de ese texto expreso, y, por último, de los poderes inherentes derivables de la naturaleza o esencia del órgano o ente de que se trate "interpretados los dos últimos elementos a la luz del principio de la especialidad". Esta es la opinión de Fabián Omar Canda ("Procedimiento Administrativo", obra colectiva, dirigida por Guido Santiago Tawil, en trabajo titulado "El órgano competente. Competencia y Capacidad. Conflictos Inter orgánicos e Inter administrativos. Deberes y Facultades del órgano", Abeledo Perrot, 2009, Bs. As., pp. 192). Cita avalando esta posición, la posición de Julio R. Comadira (Monti Laura -colab.- en "Procedimientos administrativos, LNPA anotada y comentada", T - I, LL, Bs. As., 2002, pp. 156/57) al considerar que ejemplo cercano en el tiempo de la utilización del criterio de lo "razonablemente implícito" deriva del fallo "Tandecarz" (C.S.J.N., Fallos: 325:1676), en el cual se sostuvo que del art. 98 del Estatuto de la Universidad de Buenos Aires y del Reglamento para la provisión de Cátedras surge que el Consejo Superior cuenta con facultades para reglamentar el procedimiento para la designación de profesores regulares, por el principio de "paralelismo de las competencias", sin alterar el Estatuto Universitario, cuya aprobación es una facultad exclusiva de la Asamblea Universitaria (ejemplificando, con anterioridad en el tiempo, con el caso "Amengual", Fallos: 279:65, aunque éste corresponde a una situación de emergencia).

⁸ Téngase presente que el art. 29 de la Ley N°7526, faculta a la autoridad de aplicación a otorgar "permisos de exploración y concesiones de explotación, almacenaje y transporte...", no estando además, la facultad de aceptar "renuncias" (caso concreto del antecedente citado) -ni tampoco el de otorgar "permisos de exploración" como sucede en el presente supuesto- establecida como facultad "reservada" por el Poder Ejecutivo en el precitado art. 31 del mismo instrumento legal. En el caso concreto citado (de la "renuncia") conllevó a considerar razonablemente que quien estaba facultado a dar nacimiento a los derechos mencionados (por ejemplo, mediante el otorgamiento de un "permiso de exploración"), poseía facultades para extinguirlos, conforme al marco legal vigente y según las modalidades establecidas en el mismo (en aquel caso, mediante la aceptación de la "renuncia").

⁹ 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, conviene realizar un breve análisis de las concepciones jurídicas y de los cambios legislativos ocurridos en la materia. Así las cosas, la figura "dominio originario", que recoge el art. 124 de la C.N., proviene del Derecho Minero, lo cual remite -en primer lugar- a esta rama del derecho para desentrañar el sentido y alcance del precepto constitucional. 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). 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. 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. La Reforma Constitucional de 1860 y el Código de Minería prescribieron la caducidad del Estatuto en cuestión. Así, el artículo 7° del ese Código, concordando con lo establecido en el inciso 2° 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*". Esta Constitución fue más tarde dejada sin efecto, acto que fue confirmado en la reforma constitucional de 1957.

2 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.

3 Fallos: 301: 341, especialmente p. 367.

4 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.

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

3 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



Constitución Provincial. La ley Nacional Nº26.197 delegó expresamente en las provincias, el manejo de los recursos hidrocarburíferos, otorgándole al Poder Ejecutivo Provincial el carácter de autoridad Concedente, lo cual le otorga plenas facultades para requerir a las empresas el cumplimiento de sus obligaciones (art. 31 de la Ley Nacional 17.319) como así también resolver sobre la procedencia o no de la aplicación de las sanciones previstas en la Ley Nacional 17.319, Ley Provincial 7526 y demás normas complementarias y reglamentarias aplicables al tema sujeto a dictamen.

Cabe destacar que en el año 1992, el Congreso de la Nación sancionó la ley 24.145, cuyo artículo 1º dispuso transferir el "*dominio público*"¹⁰ de los yacimientos de hidrocarburos a las Provincias en cuyos territorios se encuentren. No obstante, salvo respecto de ciertos supuestos especiales¹¹, 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 Nº 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, siendo procedente

reconocerse el dominio y jurisdicción de las Provincias sobre determinados recursos naturales. 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.

¹⁰ 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).

¹¹ 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 Nº 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.

preguntarse, 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 compadece con las restricciones propias del derecho público que la legislación que gobierna la 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 último¹².

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 originario¹³.

Deriva también de la titularidad del dominio originario de los recursos naturales el derecho de las Provincias (o, en su caso, de la

¹² 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.

¹³ CATALANO, Edmundo F.; *Código de Minería comentado*, cit., págs. 24-25.



Nación) a percibir las regalías debidas por quien se beneficia con la explotación de los yacimientos respectivos¹⁴.

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

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 trascendencia¹⁵, 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
- 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 nacional¹⁶.

¹⁴ 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).

¹⁵ Ver el artículo 1º del citado decreto.

¹⁶ 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*

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 públicos¹⁷; (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 Provincia¹⁸; 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 comentario¹⁹.

En definitiva, 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 caducidad²⁰;

b. Percibir regalías;

c. Ejercer un poder de policía local, exclusivo o concurrente, según los casos.

3. Desde el punto de vista de la naturaleza jurídica de este instituto, la "caducidad" es un modo anormal de extinción de la relación contractual administrativa, porque interrumpe el curso de un contrato que se halla en ejecución. Conforme doctrina sostenida por la C.S.J.N., procede cuando el contratista particular ha incurrido en incumplimiento imputable a las obligaciones a su cargo (Fallos: 124:171; 183:116; 224:536); poniendo fin a la ejecución del contrato, extinguiendo la relación contractual, liberando al contratista de las obligaciones asumidas y privándolo del ejercicio de los derechos que le habían sido conferidos por el contrato (Fallos: 141:190). Es además relevante destacar que *"no procede indemnización por la declaración*

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 superficiales. i) Declarar la caducidad o nulidad de permisos y concesiones".

¹⁷ Decreto 546/03, artículo 4°.

¹⁸ Decreto 546/03, artículo 5°.

¹⁹ Decreto 546/03, artículo 8°.

²⁰ CASSAGNE, Juan Carlos, en "La propiedad de los Yacimientos de Hidrocarburos. Su relación con las potestades Nacionales y Provinciales" (cuestiones que se suscitan tras la reforma Constitucional de 1994).



de caducidad cuando el incumplimiento se debe al contratista, o le sea imputable sin eximentes de responsabilidad, en mérito a que la caducidad declarada legítimamente por la Administración no crea derecho a indemnización en favor del particular, por el presunto daño o perjuicio que le hubiera causado. Más aun, en el supuesto en que el incumplimiento imputable al contratista causante de la caducidad, produjera un perjuicio al Estado, procederá la indemnización a favor de éste²¹.

A tal efecto, la doctrina ha considerado obligatorio materializar previamente la constitución en mora y otorgar la concesión de un plazo razonable²² (lo que se verifica producido en autos a fs. 2/4), aspecto que plasma en la legislación aplicable, en tanto es un recaudo exigido por el art. 80 (último párrafo) de la Ley N°17.319, el cual indica como necesario por los efectos extintivos que tiene la sanción, que se emplace a la empresa concesionaria a que subsane la "trasgresión", verificándose así la garantía procesal de debido proceso y derecho de defensa propios de los procedimientos administrativos (art. 18 de la C. Nacional, art. 35 inc. a) de la Ley N°3909).

En definitiva, atento a lo expresado precedentemente, se advierte que la empresa no hizo uso del derecho de renuncia a su derecho, pero tampoco realizó inversiones, sin justificar técnicamente su conducta por lo cual se concluye que se ha dado el presupuesto establecido en la norma para que la autoridad de aplicación imponga la sanción de caducidad prevista en el art. 80 inc. c) de la Ley N°17.319, con los efectos establecidos en los art. 84 y 85 de la misma norma legal, Ley Provincial 7526 y demás normas aplicables.

4. Respecto de los bienes afectados a la concesión, debe estarse a las previsiones de los Pliegos de Condiciones, Contrato o de la Ley aplicable a los efectos de determinar su destino y propiedad, toda vez que en caso de no existir normas al respecto, en principio, los mismos siguen perteneciendo al

²¹ DROMI, Roberto, "La Licitación Pública", 1995, Cdad. Argentina, Bs. As. pp. 635/36.

²² Conf. DROMI, Roberto, "La Licitación...", ob. cit. pp. 634; en igual sentido, FARRANDO, Ismael y otros, en "Contratos Administrativos", Lexis nexis, Bs. As., 2002, pp. 666.

particular conforme doctrina mayoritaria²³ y jurisprudencia establecida por la C.S.J.N²⁴, con fundamento en el art. 17 de la C. Nacional.

Ahora bien, en el presente supuesto resultan aplicables los arts. 85 y 37 (por remisión) de la Ley N°71.319, los que expresamente determinan qué bienes revierten al Estado y cuáles continúan en propiedad del concesionario²⁵, lo que adquiere especial relevancia son los efectos de la disposición, en el decreto a emitirse, de medidas asegurativas de los mismos (aspecto que se tratará oportunamente).

5. En relación a la valoración de la entidad del incumplimiento, tal como ha sido anticipado en el dictamen jurídico de la Asesoría de la Subsecretaría de Energía, deben tenerse presente los recaudos establecidos normativamente en el art. 80 de la Ley N°17.319, que expresamente prevé este tipo de sanción y las condiciones para su procedencia, al establecer: "*Las concesiones o permisos caducan: ... c) Por incumplimiento **sustancial e injustificado** de las obligaciones estipuladas en materia de productividad, conservación, inversiones, trabajos o ventajas especiales ...*".

Si bien no es competencia del suscripto analizar este tipo de cuestiones (que están reservadas a la razonable valoración del órgano competente de la administración activa) no se verifica la existencia de "arbitrariedad manifiesta" en la valoración que se efectiviza en los considerandos del Decreto para calificar la sanción a aplicar, entendiendo que pueden considerarse verificados los extremos requeridos en relación a la existencia de un incumplimiento "**sustancial**" (toda vez que entre las principales obligaciones que asume una concesionaria de explotación de un área hidrocarburífera se encuentra la de realizar inversiones para mejorar la productividad de los yacimientos) e "**injustificado**" (ver en este sentido el dictamen técnico emitido por la Dirección de Hidrocarburos el cual expresa que no existen justificaciones

²³ DROMI, Roberto, "La Licitación...", ob. cit. pp. 635, en igual sentido, FARRANDO I. y otros., en "Contratos...", ob. cit. pp. 667/668.

²⁴ C.S.J.N.Fallos, 201:342; 204:626.

²⁵ Art. 37 de la Ley N°17.319. — La reversión total o parcial al Estado de uno o más lotes de una concesión de explotación comportará la transferencia a su favor, sin cargo alguno, de pleno derecho y libre de todo gravamen de los pozos respectivos con los equipos e instalaciones normales para su operación y mantenimiento y de las construcciones y obras fijas o móviles incorporadas en forma permanente al proceso de explotación en la zona de la concesión. Se excluyen de la reversión al Estado los equipos móviles no vinculados exclusivamente a la producción del yacimiento y todas las demás instalaciones relacionadas al ejercicio por el concesionario de los derechos de industrialización y comercialización que le atribuye el artículo 6° o de otros derechos subsistentes. Art. 85 de la Ley N°71.319. — Anulado, caducado o extinguido un permiso o concesión revertirán al Estado las áreas respectivas con todas las mejoras, instalaciones, pozos y demás elementos que el titular de dicho permiso o concesión haya afectado al ejercicio de su respectiva actividad, en las condiciones establecidas en los artículos 37° y 41°.



técnicas valederas expresadas por la empresa para no haber dado cumplimiento a la obligación de invertir, las cuales tienen por finalidad esencial mejorar los niveles de producción, y que ello permita vislumbrar una reversión de la caída de productividad de crudo que se viene sucediendo en la Provincia desde el año 2006 a la fecha).

Cabe recordar que es una obligación impuesta por la ley la realización de inversiones tendientes a mejorar la productividad de petróleo, aspecto que de acuerdo a lo informado por los técnicos de la Dirección de Hidrocarburos la empresa ha incumplido, y aún producido su emplazamiento a regularización de la situación, no ha cumplido con los extremos técnicos requeridos en la misma Nota Nº 20/2012 de fecha 8/03/2012.

6. Respecto del Proyecto de fs. 36/39, no existen observaciones legales que formular a su emisión, habiéndose cumplimentado los recaudos esenciales previstos en los arts. 28 a 47 de la Ley Nº3909 y mod. para los actos administrativos, disponiéndose en el mismo las previsiones básicas necesarias para el cumplimiento de la legislación vigente en relación a las medidas asegurativas del patrimonio estatal según el art 85 de la Ley Nº 17.369 (arts. 2 y 5 del proyecto de Decreto); a la participación a los órganos gubernamentales encargados de la recaudación de los tributos, en el marco de lo establecido en el artículo 84 del mismo instrumento legal y artículo 20 de la Ley Provincial 7526 (art. 7 del Proyecto de Decreto) y a la intervención debida de la Secretaría de Medio Ambiente, según Ley Nº5961 y Decreto Nº437/93 (art. 5 del proyecto de Decreto).

III. - Por último, corresponde dejar expresa constancia de que el análisis efectuado por este órgano de control al emitir el dictamen está circunscripto a la "legitimidad" del procedimiento, sin que su pronunciamiento importe manifestación alguna sobre cuestiones técnicas (ajenas a su incumbencia) o de mérito, oportunidad o conveniencia (asignadas a los

órganos de la administración activa)²⁶, conforme doctrina sentada en reiteradas oportunidades por la Procuración del Tesoro de la Nación²⁷, valorando además los aspectos tratados conforme los informes de los órganos consultivos competentes, según doctrina sentada por el órgano nacional aludido²⁸.

IV. - En virtud de lo expuesto en los párrafos precedentes, esta Dirección de Asuntos Administrativos no tiene objeciones que formular desde el punto de vista de la "legitimidad" (con las limitaciones consignadas en el punto antecedente), a la emisión de la norma propuesta a fs. 36/39 de las presentes actuaciones administrativas, con fundamento en la normativa consignada en el cuerpo del presente dictamen.

Todo lo expresado salvo mejor criterio de la superioridad.

Dirección de Asuntos Administrativos, Fiscalía de Estado.

Dict. 0239/12.

Mendoza, 23/03/12.

²⁶ Ello tiene especial relevancia en relación a los aspectos plasmados en los Informes de la Dirección de Hidrocarburos de fs. 1 y 30/31.

²⁷ Ha dicho en relación al objeto de los Dictámenes, la Procuración del Tesoro de la Nación que: "... no entra a considerar los aspectos técnicos de las problemáticas planteadas, por ser ello ajeno a su competencia. Su función asesora se encuentra restringida al análisis de las cuestiones de derecho y su aplicación al caso concreto, quedando libradas las apreciaciones sobre cuestiones técnicas a la autoridad administrativa con competencia en la materia (PTN, Dictámenes: 259:233; 245:359, 381)"; "...El asesoramiento de la PTN se limita al estudio de las cuestiones estrictamente jurídicas, no trata aspectos técnicos, ni se refiere a las razones de oportunidad política por ser ajenos a la competencia que tiene asignada (PTN, Dictámenes, 259:233; 204:47, 159; 207: 578)". Ha agregado en este sentido que "El dictamen legal de la PTN no se pronuncia sobre aspectos técnicos, financieros o económicos, ni sobre la equidad o inequidad de las fórmulas contractuales o respecto de oportunidad, mérito o conveniencia, por ser ajenos a su competencia funcional... (PTN, Dictámenes, 251:781; 253:5)". Incluso el Poder Judicial se ve en principio sustraído de efectuar estas consideraciones, habiendo considerado la C.S.J.N. que el acierto, error, el mérito o la conveniencia de las soluciones adoptadas por los poderes políticos, no son puntos sobre los que el Poder Judicial pueda pronunciarse, salvo en aquellos casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario (conf. C.S.J.N., en "Paz Carlos Omar c/Estado Nacional, sentencia del 09/08/01).

²⁸ En este sentido, la P.T.N. ha entendido que: "...la ponderación de los temas debe efectuarse conforme a los informes de los especialistas en la materia de que se trate, es decir, que esos informes merecen plena fe mientras no aparezcan elementos de juicio suficientes para destruir su valor, siempre que sean fundados, precisos y adecuados al caso (PTN, Dictámenes; 200:116; 248:430; 259:233).



GOBIERNO DE MENDOZA
FISCALIA DE ESTADO

Mendoza, 23/03/2012.

Compartiendo el suscripto el Dictamen N°0239/12 que antecede, REMITANSE los presentes actuados a conocimiento y trámite del Sr. Subsecretario de Energía y Minería, dando al presente trámite de URGENTE DESPACHO.