

ASPECTOS CONSTITUCIONALES QUE PLANTEA LA LEY N° 15.336 Y LA CORRECTA INTERPRETACION DE SU ART. 43°

Por el Dr. OSIRIS ANTONIO JANTUS
Prof. Adj. de Dcho. Agrario y de Minería

FUNDAMENTOS

LA ENERGIA SE ENCUENTRA O NO DENTRO DEL PATRIMONIO PROVINCIAL

Consideramos que el análisis de la cuestión debe partir de aceptar el principio que contiene el Art. 5° de la Ley 15.336, cuando manifiesta: "...la energía de la caída de las aguas y de otras fuentes hidráulicas, comprendidos los mares y los lagos, CONSTITUYEN UNA COSA, jurídicamente considerada DISTINTA DEL AGUA y DE LA TIERRA que integran dichas fuentes...".

De ello surge que las normas aplicables al agua y su aprovechamiento como tal, no son aplicables al caso, por cuanto la ENERGIA, es otra cosa, algo distinto, diferente.

Para centralizar el estudio, aunque anticipando nuestra opinión, llegaremos a la conclusión de que TODOS LOS RECURSOS NATURALES, integran el patrimonio provincial, remarcamos la diferencia perfectamente. La energía, es diferente al agua, que juntamente con el declive, es la causa productora de la energía. Es también distinta de la tierra, que con el conducto, juntamente con su declive, por el cual corre la energía contenida en el agua que se desplaza.

Mas adelante la ley circunscribe aún más la cuestión, estableciendo que la jurisdicción federal, se limita exclusivamente al problema energético, hasta llegar al otorgamiento de concesiones o autorizaciones para el aprovechamiento hidroeléctrico.

Este concepto es tomado de la Constitución Mexicana, y fue posteriormente adoptado por la Constitución Nacional del año 1949. Esta última norma en su art. 40° expresamente disponía: "... los minerales, LAS CAIDAS DE AGUA, los yacimientos de petróleo... y las demás FUENTES NATURA-

LES DE ENERGIA, con excepción de los vegetales, son propiedad imprescriptibles e inalienables de la Nación, con la correspondiente participación en su producto que se convendrá con las provincias...”.

En estos momentos sólo nos interesa destacar el concepto de las caídas de agua, como fuentes naturales de energía.

Lógicamente que dentro de nuestro ordenamiento jurídico la solución sólo podemos buscar dentro de las normas que se encuentran dispuestas en la Constitución Nacional que como sabemos no expresa de modo categórico quién es el titular de los bienes que integran el territorio provincial y el nacional.

Tal vez para iniciar el análisis, es previo que esclarezcamos algunos términos con los cuales nos vamos a manejar.

El primero de ellos es el concepto de RECURSOS NATURALES, para lo cual adoptamos la idea del Dr. Eduardo A. PIGRETTI, quien sostiene que se tratan de bienes de la naturaleza en cuanto no han sido transformados por el hombre (1).

El segundo concepto, es que tenemos bien en claro, que no existe incompatibilidad entre el uso del agua como sustancia energética y los demás usos que pueda tener para riego, agua potable o industrial, para la contención de crecidas, navegación y recreación. Si surgiere esa incompatibilidad, tal como sostiene Edmundo Catalano, estamos con el criterio de la ley que determina que cuando se trate de aprovechamiento múltiples, deberá asegurarse la radical y económica utilización de todos los recursos vinculados a la cuenca hídrica, quedando en esa forma a salvo los intereses provinciales y regionales, vinculados a los usos no energéticos del agua (2).

El tratamiento de los recursos naturales ha tenido diversidad de criterios según los más caracterizados doctrinarios.

Por ello, nada mejor que comenzar su estudio por el análisis de los principios que orientan la Carta Magna. De ellos extraemos dos: EL FEDERALISMO, y LOS PODERES RESERVADOS POR LAS PROVINCIAS.

En virtud del primero de ellos, las provincias, que son anteriores al estado nacional, son las continuadoras, las legatarias de la Corona de España, entre los derechos recibidos, sin dudas están la propiedad de los recursos naturales que aquéllas explotaban en beneficio de la Corona. Corresponderá analizar en este trabajo, si las provincias conservan estos derechos, o por el contrario han delegado los mismos a la Nación.

Con relación al segundo de ellos, surge que a “contrario sensu” la Nación sólo tiene capacidad y prelación, en aquellos aspectos, en los cuales ex-

presamente las provincias han delegado en ella.

Al referirnos a PODERES haciendo una interpretación amplia, podemos incluir, la propiedad de los bienes cualquiera sean ellos que estén en territorio provincial. Esa es la interpretación, pues no cabe otra, ya que el concepto territorial, es la base sobre la que se fundamenta la autonomía de las provincias, ya que sin territorio, no podría existir ésta.

Este Art. 104° de la Constitución es la norma clave para desentrañar la problemática planteada.

De la fusión de los principios mencionados se estableció que pertenecen a las provincias los bienes situados dentro de su territorio.

Recordemos a título de anécdota, que estando el Congreso Nacional dispuesto a sancionar un Código de Minería, en su primer intento, el proyecto conocido como de Domingo de Oro, fue expresamente rechazado por cuanto aceptaba el principio de que las minas y yacimientos pertenecían a la Nación. En esa oportunidad se encomienda a Enrique Rodríguez la elaboración de otro proyecto —que luego sería el primer Código de Minería— con la condición expresa de hacerlo estableciendo que las minas serían de propiedad de la Nación o de las Provincias, según el territorio donde se encontraran.

En definitiva, haciendo un meduloso y detenido estudio de la Constitución Nacional, nos encontramos con que NO EXISTE NINGUNA DISPOSICION por la cual las provincias hayan cedido estos derechos.

Sin embargo, en base a atribuciones para legislación de fondo otorgada al Congreso, comenzó a abrogarse facultades, que comenzaron reconociendo los derechos provinciales y concluyen por violar el propio texto constitucional, proclamando la propiedad nacional de elementos valiosos como los yacimientos de hidrocarburos, carbón, y materiales nucleares, al igual que el caso que nos toca analizar de la energía hidroeléctrica.

La Constitución Nacional, no sólo declama el FEDERALISMO, sino que lo fortifica a través de sus disposiciones, estableciendo un modo sencillo y práctico para saber cuáles son las facultades y atribuciones del Gobierno Central, que son delegadas por las provincias. En ellas salvo la regulación de las normas de fondo, no se encuentran otro tipo de facultades, juntamente con las relaciones con otras potencias.

La Nación al dictar sus propias normas, como lo es el Código Civil, acepta este criterio, en su art. 2339 y 2340 relacionadas con el recurso agua, y ello fue receptado, en afianzamiento de su comprensión cabal por las provincias al dictar sus propias Constituciones, especialmente las provincias llamadas nuevas, tales como Chaco, Formosa, La Pampa y otras como Mendoza, Río Negro, Neuquén y Chubut.

A estas disposiciones, debemos completar el cuadro, con la serie de Códigos de Aguas dictados por las provincias, reglamentando casualmente su uso y aprovechamiento en la más clara posición de que ese elemento les pertenece en exclusividad, cuando están dentro de su territorio.

Edmundo Fernando Catalano, en la obra citada, comienza el tratamiento del tema claramente, complicando su final, al manifestar que la Ley al facultar al Gobierno Nacional para utilizar y reglar las fuentes de energía en cualquier lugar del país en que se encuentren, implica que la sustancia energética, emancipada de la cosa que lo produce, PUEDE SER OBJETO DEL NEGOCIO FEDERAL independientemente, con un usufructuario distinto y con reglas adecuadas a sus particulares y trascendentes características (3).

Para todo esto, previamente había escrito pocos renglones más arriba que: "... Es evidente que en el contexto de la Constitución de 1853 las provincias detentan el dominio de todos los bienes que constituyen su territorio, dominio que no han cedido particularmente al Gobierno Nacional, en forma expresa ni implícita. En el caso de la energía de las caídas de aguas, que conforman una cualidad o característica del recurso, no cabría admitir otro dueño que no sea el titular de la propia fuente o bien que la genera.

Concluye Catalano, con una posición que no compartimos, diciendo que "... puede afirmarse que no se priva a las provincias de la propiedad del recurso, por el uso que se haga de él para extraerle alguna cualidad específica, devolviéndolo luego en su estado original. Tal es lo que ocurre con la sustancia energética obtenida de los cursos de aguas cuya extracción en nada altera la condición del recurso que la genera".

Prácticamente la totalidad de la doctrina está conteste en afirmar, que el aprovechamiento del recurso AGUA pertenece a las provincias, recordemos las opiniones de Catalano ya citada (4) Benjamín Villegas Basavilbaso (5), Carlos Wauters (6), Guillermo J. Cano (7), Pigretti (8), Marienhoff (9), José Alfredo Martínez de Hoz (10), Ernesto Padilla (11), Arturo M. Bas (12).

Con la excepción conocida de Spota, en su célebre polémica con el Dr. Guillermo J. Cano, podemos decir que la doctrina es totalmente coincidente, al igual que innumerables fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, reconociendo el principio de la propiedad provincial y facultad de dichos estados para la utilización de los recursos hídricos.

Sin embargo, no resulta igual, si se considera el recurso energía en sus diversas fuentes naturales de producción, cuestión que llama la atención, por cuanto las razones son exactamente las mismas y los argumentos que se esgrimen en nada refutan esas disposiciones y generalmente se refieren a los as-

pectos técnicos-económicos, dejando de lado las cuestiones jurídicas-institucionales que deben servir de base para la resolución definitiva del tema.

Tampoco la cuestión que planteamos es novedosa, debo reconocer, que en el trabajo presentado por el Dr. Eduardo Antonio Pigretti, con motivo del Seminario sobre Planeamiento y manejo de áreas inundables ⁽¹³⁾ me ha servido para terminar de concretar estas ideas.

Especialmente cuando expresa que "... Por igual motivo (se refiere a la facultad de dictar normas de fondo en base a las cuales se dictó en 1958 la Ley de Hidrocarburos que se encontraban en el dominio privado de las provincias y fueron pasados al dominio público de la Nación) Ley de Energía 15.336 ha podido decretar en la jurisdicción federal, las caídas de agua, sin perjuicio de que el efecto fáctico de la interconexión, suponga desde ya una jurisdicción federal exclusiva para el servicio eléctrico. Los ARGUMENTOS CONSTITUCIONALES no han podido impedir que mediante el arbitrio de una simple posición formal, pueda variarse tan importante régimen.

LAS SOLUCIONES POSIBLES :

Ante la necesidad de aportar posibles soluciones, que reemplacen el mecanismo estatuido por la Ley Nacional N° 15.336 dentro de las posibilidades que brinda el derecho positivo, hemos pensado en varias variantes, que permiten eficazmente cumplir con ese objetivo, en base a los antecedentes de estas instituciones y su aplicación práctica en nuestro sistema político y en el Internacional.

Entre ellas podemos citar:

* ACUERDOS INTERJURISDICCIONALES: Este es el sistema que más se compeadece con la dinámica de la Constitución Nacional, la cual permite la realización de pactos, acuerdos interprovinciales y de hecho se han concretado varios en el país relacionados con la materia, tales como: El Consejo Federal de Inversiones, La Comisión de Aguas de Catamarca y Santiago del Estero, La Comisión de Aguas del Noroeste Argentino, La Comisión Técnica Interprovincial del Río Colorado, El Centro Regional de Aguas Subterráneas, La Comisión del Río Bermejo.

Como se puede apreciar, todos han constituido diversos organismos, cuya naturaleza jurídica resulta interesante analizarlas.

Según Joaquín López, los mismos son entidades estatales, con facultades públicas. Esta circunstancia trae aparejado el hecho de que tengan privilegios y potestades que brindan los entes públicos; que sus contrataciones

sean netamente contrataciones administrativas con facultades exorbitantes al contratante Estado y también sujeta a la reglamentación que establezca el Estado. Sus agentes son empleados públicos y deben rendir cuentas y responsabilidad por los fondos públicos. Esta responsabilidad se evidencia en una doble dirección: en la responsabilidad penal de aquel que malversa fondos públicos y en la obligación legal de rendir cuentas de su inversión (14).

El Dr. Guillermo J. Cano, por su parte plantea que esta organización de Agencias o Autoridades Administrativas interprovinciales, ofrece diversos problemas que son considerados en particular, tales como se componen las autoridades de ellas, quiénes las designan. Es posible encontrar normas interesantes sobre el "quorum" para reunirse, las mayorías necesarias para que las decisiones sean válidas, y sobre el poder de veto de los gobernadores de los estados signatarios. O la cláusula de la unanimidad, contenida en muchos tratados, que es criticada por algunos autores.

En cuanto a la extensión de las atribuciones de estas entidades es aplicada en general a todos los Estados considerados. Este ejemplo es más práctico en el Derecho Internacional, como por ejemplo el caso del Río Murray (Austria) en el que sólo dan a los organismos que crean, funciones regulatorias para dictar reglamentos, pero no para cumplir actividades de constitución de obras hidráulicas, ni para prestar servicios públicos.

Otros crean entidades con personalidad jurídica y política diferente a la de los gobiernos que las crean incluso con autoridad sobre reparticiones de éstos. Algunas de ellas han sido investidas de autoridad para dar concesiones a particulares sobre aguas comunes (Sabine River Compact — EEUU) otros tienen "i us edicendi" esto es, la facultad de dictar reglamentos obligatorios para todos los ciudadanos del área interesados o implicados en el uso del agua (15).

* POR INICIATIVA NACIONAL: La Nación puede hechar mano a algunos sistemas ya aplicados para casos similares, de aprovechamiento de otros recursos naturales, tal como el caso de los bosques, recurriendo a las llamadas "leyes—convenio". Este es el caso utilizado en nuestra legislación además para la Ley de Vialidad Nacional y el de percepción de los Impuestos Unificados.

Según este mecanismo, la Nación dicta una norma de carácter general, a la cual las provincias pueden o no adherirse, mediante una ley especial, en la que expresamente se adhieren al contrato.

Dentro de este campo también podemos citar la posibilidad de la crea-

ción de organismos administrativos entre distintos entes administrativos semejantes, creados por distintos gobiernos (Nación y Provincia).

PRINCIPIOS QUE DEBEN REGIR EL REPARTO DE AGUAS INTERESTADUALES :

En base a conclusiones bajo las cuales establecieron muchos de los tratados, supra mencionados, el Dr. Cano, menciona cuáles serían esos principios, que por economía y compartiendo ese criterio, nos limitaremos a transcribirlos, para conocimiento del lector. Ellos son:

1) Ninguna provincia tiene derechos absolutos e ilimitados sobre los tramos de los ríos interprovinciales, que cruzan o limitan su territorio; tales derechos están restringidos por la obligación de no perjudicar los correlativos de las otras provincias interesadas.

2) Toda provincia tiene derecho a la integridad física y química de la parte de agua que le corresponde; la primera consiste en que no se alteren el recorrido ni el volumen y la segunda en que sus aguas no sean alteradas ni infeccionadas.

3) A la naturaleza le corresponde distribuir el “periculum y el commodum”, y por lo tanto, las provincias deben respetar lo que de aquélla resulte.

4) Toda provincia ribereña o atravesada por un río interprovincial, tiene el que corresponde a las demás provincias interesadas.

5) En los ríos limítrofes, cada provincia tiene derecho a utilizar el volumen de agua encerrado entre sus fronteras y sus riberas, hasta la línea del “talweg”, o la fuerza hidroeléctrica que ello genere, en proporción al volumen total del río.

6) El uso de las aguas desde tiempo inmemorial crea, a favor de la provincia que lo ha hecho, el derecho de seguirlo efectuando en la misma proporción.

7) Las futuras derivaciones de agua deben hacerse en las provincias en que su uso sea más efectivo desde el punto de vista de la economía nacional.

8) En paridad de situaciones, las aguas no deben distribuirse en proporción a la extensión territorial de cada provincia, sino en proporción a la riqueza a crear y a los fondos a invertir en obras de aprovechamiento, esto es, en función al mayor “espíritu de Empresa” de cada una.⁽¹⁶⁾

Sobre este último principio, consideramos conveniente hacer un agregado importante, en el sentido de que el mismo debe ser interpretado, fundamentalmente con el criterio de que debe primar el principio del PLANEA-

MIENTO INTEGRADO HASTA EN OMISION DE LOS LIMITES POLITICOS, a fin de decidir las preferencias en el uso del agua.

*** LA REFORMA CONSTITUCIONAL:** Por supuesto que si el criterio es el de otorgar la explotación de los recursos naturales a la Nación, el único camino posible, es el de efectuar una reforma constitucional, que así expresamente lo establezca.

En ese sentido convengamos que existen dos importantes antecedentes a tener en cuenta. Ellos son:

— Recordemos lo ya expuesto de que la Constitución de 1949 por una parte, si bien definía a las caídas de agua, como fuentes naturales de energía, al mismo tiempo otorgaba a la Nación, la propiedad imprescriptible e inalienable sobre las mismas. Sin embargo, al mismo tiempo obligaba a convenir con las provincias su participación en su producto.

Es decir que aun en el supuesto de la delegación expresa de la propiedad de las fuentes de energía, las provincias, han dejado entreabierto, una especie de compensación o indemnización por haberse desprendido de tan importantes y valiosos bienes que integraban su patrimonio.

Por su parte la Convención Constituyente reunida en la Ciudad de Santa Fe en 1957, consideró especialmente, el tema de las fuentes naturales de energía, y así figuraba en su convocatoria.

En sus deliberaciones predominaron mayoritariamente las opiniones a que dichas fuentes naturales de energía eran de propiedad provincial. Lamentablemente no se adoptó ninguna resolución, por el vencimiento del plazo de la convocatoria.

De haber ocurrido así, esta discusión hubiera estado totalmente definida, en su único y lógico sentido dado por su esencia federalista.

FUNDAMENTOS :

LA CORRECTA INTERPRETACION DEL ART. 43 DE LA LEY 15.336.

El artículo cuya interpretación correcta pretendemos, dice textualmente:

“Las provincias en cuyos territorios se encuentren las fuentes hidroeléctricas, percibirán el cinco por ciento (5%) del importe que resulte de aplicar, a la energía vendida, la tarifa correspondiente a la venta en bloque. En el caso que las fuentes hidroeléctricas se encuentren en ríos limítrofes, entre provincias, o que atraviesen a más de una de ellas, este porcentaje del 5%, se dis-

tribuirá equitativa y racionalmente entre ellas”.

El alcance del presente, está limitado a la parte in fine, subrayada del artículo citado.

ANTECEDENTES: Sin lugar a dudas el mayor antecedente que se posee sobre el tema, es el referido, al aprovechamiento del Río Atuel, en la Prov. de Mendoza, con la construcción de la Presa El Nihuil, ante el reclamo efectuado por la Prov. de La Pampa, para percibir un porcentaje de las regalías que otorgaba su explotación.

Veamos las razones de las partes, y sus argumentaciones.

POSICION QUE DA IMPORTANCIA AL VOLUMEN DE AGUA :

Dentro de ella encontramos varios expositores. Reflejamos el pensamiento de algunos de ellos.

Pigretti ⁽¹⁷⁾ sostiene que: El aprovechamiento de las fuentes hidroeléctricas en el territorio provincial, representa para éstas —en oportunidades— un disvalor para sus industrias agropecuarias, muchas veces en peligro por los otros usos del agua. La regulación del líquido elemento no es la misma cuando se la destina a la agricultura que cuando se la usa en la industria eléctrica, puesto que en esta última se requiere una utilización constante del líquido, que muchas veces impide realizar sueltas de aguas en las épocas exigidas por el cultivo. Para compensar ese perjuicio la ley establece las regalías. Según su tesis **TODAS LAS PROVINCIAS QUE SE VINCULAN** a los ríos interprovinciales o limítrofes, deben recibir la regalía, aun cuando las mismas, no tengan asentadas en sus propios territorios, las instalaciones productoras de hidroelectricidad.

Es bueno destacar que el propio Pigretti manifiesta que deja en claro que la opinión que sustenta, es difícil de determinar el porcentaje de distribución más racional y equitativo, pero que debiendo resolverse el caso, **PODRIA APLICARSE EL TAN ANTIGUO CRITERIO DE DISTRIBUIR POR MITADES EL PORCENTAJE**, sin perjuicio de que se estudie un régimen de distribución para el futuro sobre la base de situaciones geográficas particulares, que a sus turnos impongan consideraciones especiales.

La provincia de La Pampa, en su reclamo sostiene que las regalías deben abonarse por el hecho del aprovechamiento del río interprovincial, en cualquier punto de su recorrido. Expresa que el Art. 43 de la Ley 15.336, en su segundo párrafo, dice que la **PARTICIPACION CORRESPONDE TAMBIEN EN EL CASO DE RIOS QUE ATRAVIESAN MAS DE UNA PROVINCIA.**

Que se debe considerar fuente hidroenergética no solamente el emplazamiento de las obras, por cuanto la fuente no lo es sólo el accidente geográfico que signifique un desnivel pronunciado de un río, ya que una central de bombeo puede establecerse aun en zonas donde no exista un desnivel determinada-mente pronunciado, tal el caso de lagos, lagunas u otras posibilidades de aprovechamiento. Sostiene además que el criterio contrario ataca el principio federalista de la Constitución Nacional y la exageración del mismo, implicaría una severa perturbación a los derechos Internacionales de la Argentina en cuestiones tales como las vinculadas a la Cuenca del Plata.

El Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Nación, por intermedio de su Departamento Jurídico, entiende que el porcentaje de la regalía, debe dividirse entre las provincias cuando la fuente hidroeléctrica se encuentra situada en un río que atraviesa más de una provincia, es decir que el carácter INTERPROVINCIAL DE UN RIO ES DEFINITIVO PARA ESTABLECER UNA JUSTA DISTRIBUCION DE LAS REGALIAS.

Por su parte el Dr. Catalano ⁽¹⁸⁾ entiende a las regalías, como una especie de compensación por el uso del potencial hidroeléctrico que la Nación hace de fuentes situadas en territorios provinciales. La interpretación de Agua y Energía Eléctrica, en el sentido de que si la fuente estaba ubicada entre dos o más provincias, la regalía debía distribuirse equitativamente solamente entre ellas, le merece el concepto de que esta interpretación parte de la idea de que la fuente está constituida por el desnivel del terreno o accidente geográfico que provoca la caída del agua. Evidentemente dice, no le da importancia al otro elemento que valoriza ese desnivel, que es precisamente el Curso de Agua. EL ACCIDENTE GEOGRAFICO CARECE DE SIGNIFICACION SI EL AGUA NO LE BRINDA LA POSIBILIDAD DEL APROVECHAMIENTO ENERGETICO. Por lo tanto el carácter de interprovincial del río o curso de agua, constituye un factor decisivo para determinar la forma de distribuir la regalía.

Sin dudas que la adopción de este criterio en forma definitiva, implicará una amplia distribución de la regalía, entre diversas provincias, en atención a que los caudales Hídricos en la Argentina, tienen la peculiaridad de recorrer varias y vastas regiones.

POSICION QUE LE DA IMPORTANCIA A LA CAIDA, DESNIVEL O PENDIENTE :

Los sostenedores de esta opinión, expresan que las regalías les corres-

ponden a aquellas provincias en las cuales se ha concretado el aprovechamiento hidroeléctrico del desnivel, estableciéndose las instalaciones correspondientes.

Entre los sostenedores de esta idea, encontramos al Dr. Cano ⁽¹⁹⁾ quien sostiene que si un dique está construido en una provincia y su lago está INTEGRADO en ella, la pendiente aprovechada, no el agua, será íntegra de dicha provincia y ésta no tiene ninguna regalía que compartir con las demás provincias. En cambio, si el dique está en una provincia, pero el lago del embalse se extiende sobre el territorio de otra entonces se estará aprovechando un tramo de la pendiente de la otra provincia y entonces y SOLO ENTONCES, corresponderá la distribución equitativa y racional de la regalía establecida por la ley.

A título de ejemplo señala que la presa de FUTALEUFU está respecto de Chile en la primer situación: El gobierno Chileno consintió la construcción de la presa sin pretender participación alguna en sus beneficios. Como no los pretende Argentina de las presas (Jupíá, etc. ...) que Brasil ha construido íntegramente en su territorio.

La interpretación expuesta se apoya en numerosos precedentes internacionales, tales como el Tratado Franco-Suizo del 4 de Octubre de 1913 sobre la Usina de Pougny-Chancy sobre el Ródano; el Convenio Intercantonal Suizo del 17 de Diciembre de 1952 in re Cantón de Schwyz vs. Consejo Federal.

Por su parte la Empresa Agua y Energía Eléctrica, por medio de su Administrador General, ante el reclamo de la Provincia de La Pampa, expresó que aceptaba el concepto de que las regalías se debían por la ocupación de la caída o pendiente. Su Departamento de Asuntos Jurídicos base de la anterior resolución decía que lo determinante es la fuente hidroeléctrica, aclarando que ésta debe entenderse como el aprovechamiento en sí mismo o sea el desnivel que es objeto de la utilización: “si la fuente está íntegramente ubicada en una provincia, sólo a ésta corresponderá la regalía, aun cuando el río sea interprovincial; SI LA FUENTE ES INTERPROVINCIAL deberá distribuirse entre las provincias comprendidas...”.

En la nota de solicitud de pago de las regalías por Salto Grande, la Provincia de CORRIENTES, refleja la idea que establece su Decreto N° 3.266/78 que se manifiesta en el considerando que establece: “Que, la regalía correspondiente a la Provincia de Corrientes deberá liquidarse en función de la parte proporcional de ENERGIA POTENCIAL, originada en territorio correntino y aprovechada en la Presa Hidroeléctrica de Salto Grande...” con lo

cual expresamente se adhiere a la tesis sustentada por el Dr. Cano, a la postre Asesor de la Gobernación en Corrientes al momento de remitirse la nota y de sancionarse el Decreto mencionado.

Refuerza esta posición el proyecto de ley de Energía, elaborado por la XXXV Asamblea Plenaria del CIMOP, que en su art. 11° dispone: "... En el caso de que las fuentes hidroeléctricas se encuentren en los ríos limítrofes, o que atraviesen a más de una de ellas, este porcentaje del 5% se distribuirá en base al tramo de pendiente aprovechado por cada provincia y comprendido entre las secciones transversales de derivación y de retorno de las aguas".

Este mismo artículo, al ser analizado por la Asesoría Técnica del Ministerio de Economía, a través de la Secretaría de Estado de Obras y Servicios Públicos, desempeñada por el Ing. Manuel Vassallo, se complementa con esta redacción: "En el caso en que las Fuentes Hidroeléctricas, se encuentren en ríos limítrofes entre provincias, o que atraviesen a más de una de ellas, este porcentaje del 10% de la regalía (había sido ampliada en la primera parte del artículo) se distribuirá proporcionalmente a la altura por diferencia de niveles, en las Secciones transversales del cauce, en la línea demarcatoria de la separación de los límites interprovinciales, utilizando para ello el plano de escurrimiento del fondo, determinado por los umbrales de Descarga y de Entrada de agua, en cada provincia según proceda por su ubicación.

Ya que citamos al Ing° Manuel Vassallo (20) debemos hacer mención de su meditado trabajo, en los que llega a la conclusión expresada en la redacción que propone del artículo que estamos analizando y al que hiciéramos referencia recientemente. Opina que el actual artículo al decir "LA ENERGIA CAIDA DE LAS AGUAS..." conforme a la definición gravitatoria de la energía, la diferencia de altura que cualquier curso de agua, susceptibles de ser convertidas en un salto o "caída de agua", aprovechable para la generación de energía eléctrica, son a los efectos de la ley las FUENTES HIDROELECTRICAS.

Después de afirmar Vasallo que la energía de una masa de agua, no es una propiedad intrínseca del agua como tal, sino una propiedad CONJUNTA del sistema "m.g.h.", se pregunta ¿Cómo puede el legislador, ignorar expresamente el volumen y los caudales de agua? y se responde: El criterio resulta matemáticamente justificado, en función del teorema de Bernouilli, que pasa a analizarlo. Sin embargo, el mismo nos dá el argumento en base al cual fundamentamos nuestra posición cuando habla que la energía es una PROPIEDAD CONJUNTA de los elementos que la doctrina, ha tomado por separado, en las distintas posiciones que estamos analizando.

Resulta evidente, que si se adopta este principio, algunas provincias como las de Neuquén, Río Negro, Mendoza u otras semejantes, obtendrán cuantiosas regalías en total descuido de sus vecinas.

* POSICION QUE TOMA PARAMETROS DIFERENTES: Es bueno hacer un capítulo aparte, al criterio sustentado en el mencionado conflicto del Río Atuel—Salado por el Director General de Asuntos Jurídicos de la Sub-Secretaría de Estado de Energía, donde se recepta que la filosofía del Art. 43 de la Ley 15.336 es la de ser o tener un carácter INDEMNIZATORIO, cuando considera que los aprovechamientos podrían limitar o anular el río en el territorio de la otra provincia limítrofe.

Comentando esta posición Pigretti dice que el criterio de justicia que expone el servicio Jurídico citado, es posible que sea cierto en relación a los antecedentes históricos, pero no apoya la solución del diferendo que se venía planteando.

* NUESTRA POSICION: Sin entrar a presumir que existan otros tipos de intereses en juego, que no sean los de lograr la correcta interpretación de la norma, para que de esa manera se cumpla con su precepto de dotar a la regalía la más “equitativa y racional” distribución, no podemos dejar de señalar la circunstancia de que ambas posturas adquieren posiciones extremas.

Y si hemos hecho una larga enumeración de sus ideas, no han sido con otro criterio que el de demostrar, que ambas están equivocadas, o para ser precisos, ambas tienen parte de la razón total.

Para lograr la acabada comprensión de la norma, sólo resta encontrar sus puntos de coincidencia, lo que a nuestro criterio, no resulta una tarea difícil.

Es que partimos del supuesto de que las fuentes naturales de energía, y entre ellas la hidroenergía se produce, por la combinación de DOS FACTORES, que solos NO PUEDEN generarla, deben ir JUNTOS para lograrlo.

Paradójamente digamos, que es como el agua, ésta no se podrá dar si no van JUNTOS el hidrógeno y el oxígeno, ya que cada uno es importante en conjunto para formar el elemento, pero separado, no lo podrá lograr JAMAS.

Esos elementos como lo venimos diciendo, son, por un lado el VOLUMEN O CANTIDAD de agua y por el otro lado la caída, pendiente o desnivel por el cual circula aquélla.

El desnivel sin el agua, no conseguirá energía de la que analizamos.

Volumen de agua, sin desnivel, tampoco producirá la energía que queremos.

La PROPORCION que pide la ley está dada entonces por la división de la regalía por el uso de estos elementos.

Es decir, ambos elementos deben recibir una parte, por ambos necesarios e imprescindibles.

Y esta es la primer conclusión que efectuamos concretamente.

Corresponde analizar ahora qué es lo que la ley pretende, cuando además de proporcional, pide que la misma sea hecha en forma EQUITATIVA.

La equidad reclamada, proviene de la importancia que esos elementos tienen casualmente como Fuentes de Energía, ya que su participación es diferente, según el tipo de río sobre el cual se levanta una presa.

No es el motivo de este trabajo, el de efectuar un análisis técnico de la trascendencia del caudal o volumen de agua y de la caída, pendiente o desnivel, porque además no podríamos hacer, en virtud de nuestra falta de conocimientos sobre el tema.

Pero es de información general, que en los ríos de llanura, juega un papel importante el caudal que dicho río posea, para generar la energía que se pretende. De allí la gran importancia de nuestro Paraná, constituida especialmente por ser uno de los ríos mas caudalosos del mundo.

Ese mismo criterio general, afirma que por el contrario, en los ríos llamados de montaña, la importancia para generar electricidad estará dada fundamentalmente por la caída, desnivel o pendiente que tuviere.

La equidad entonces estará dada, en que cada uno de estos factores, en la distribución que se efectúe será mayor según se trate de una situación u otra.

A fin de hacer una regla sobre la propuesta efectuada, nos animamos a ofrecer las siguientes:

*** Será mayor el porcentaje que corresponda al desnivel, caída o pendiente utilizada, en las presas de ríos de montaña.**

*** Será mayor el porcentaje que corresponda al volumen de agua en los ríos de llanura.**

Esperamos que este trabajo sirva para obtener una respuesta definitiva a la interpretación del Art. 43 de la ley 15.336 sin que por supuesto esta posición que aportamos nos haga claudicar de la postura que sostenemos, en el

sentido de que la Ley es INCONSTITUCIONAL por regular un área que expresamente fueron reservadas por las provincias como propias.

La solución definitiva de la cuestión permitirá a los estados provinciales, hacer los cálculos ciertos de los ingresos que percibirán en concepto de regalías, y de esa manera planificar su inversión, sin estar sujetos a la interpretación del funcionario de turno.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) Pigretti, Eduardo Antonio: "Teoría Jurídica de los Recursos Naturales". Editorial Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires. 1965. Página II.
- (2) Catalano, Edmundo Fernando: "Teoría General de los Recursos Naturales". Editorial "Victor P. de Zavalía-Editor". Buenos Aires 1977. Página 130.
- (3) Catalano, Edmundo Fernando: Obra citada en 2. Página 129.
- (4) Catalano, Edmundo Fernando: Obra citada en 2. Página 128/130.
- (5) Villegas Basavilbaso, Benjamín: "Derecho Administrativo" Tomo IV. Buenos Aires. 1954. Página 535.
- (6) Wauters, Carlos: "Ríos de Aprovechamiento Interprovincial".
- (7) Cano, Guillermo J.: "Aspectos Jurídicos Institucionales de los Programas de Desarrollo de las grandes cuencas hidráulicas" en Jurisprudencia Argentina. 1957. Tomo IV.
- (8) Pigretti, Eduardo Antonio: Obra citada en I.
- (9) Marienhoff: "Régimen y Legislación de Aguas". N° 258.
- (10) Martínez de Hoz, José Alfredo: "Federalismo y el Desarrollo Económico" en Jurisprudencia Argentina. 1959. Tomo VI.
- (11) Padilla, Ernesto: "Leyes de Irrigación". N° 21.
- (12) Bas, Arturo M.: "El Derecho Federal Argentino". Buenos Aires. Tomo II.
- (13) Pigretti, Eduardo Antonio: "Legislación y Administración de los Recursos Naturales en el NEA". Seminario sobre Planeamiento y Manejo de Areas Inundables. Agosto 10/16 de 1980. Corrientes. Página II.
- (14) López, Joaquín: "La Ley Aplicable". Seminario de Administración de Cuencas Interjurisdiccionales. Centro de Economía, Legislación y Administración de Agua del INCYTH, Mendoza. 1975. Página 179.
- (15) Cano, Guillermo J.: "Derecho, Política y Administración de Aguas". Tomo III. Volumen 2. Editado por el Instituto de Economía, Administración y Legislación de Aguas del INCYTH. Mendoza. 1976. Página 1117.
- (16) Cano, Guillermo J.: Obra citada en 15. Páginas 1192/1193.
- (17) Pigretti, Eduardo Antonio: "Manual de Derecho Minero y de la Energía". Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires. 1976. Página 189.
- (18) Catalano, Edmundo Fernando: Obra citada en 2. Pág. 160/161.
- (19) Cano, Guillermo J.: Obra citada en 15. Pág. 697/699.
- (20) Vasallo, Manuel.