

Energías Renovables: Fomento y Regulación en la Argentina

Alberto Biglieri*

“El Dr Biglieri nos presenta un valioso e interesante trabajo acerca de las actividades de impulso económico que se realiza en Argentina, a través de diversas ayudas públicas para fomentar la iniciativa privada de empresas que desarrollen diferentes tipos de Energías Renovables alternativas, tomando como lección el desastre nuclear ocurrido en Fukushima - Japón a comienzos del presente año”

Introducción

“Suerte es lo que sucede cuando la preparación y la oportunidad se encuentran y fusionan”. Voltaire.

La tristeza, el dolor por el Japón, y como correlato el miedo por nuestro propio destino y porvenir ha invadido a todos los miembros de nuestra comunidad: la humanidad.

El año pasado, durante un curso en la Universidad Espíritu Santo (UEES) de Guayaquil, leí en un gran paredón un grafiti que vuelve hoy de mi memoria: “nada hay más global que lo local”.

Terremoto, maremoto y accidente nuclear han potenciado el desastre natural, con escalas máximas de alerta por la fuga de radiactividad, y mantienen al mundo en vilo. Un hecho sin precedentes, muy lejos de nuestra vida cotidiana, se vive tan cercano como un accidente doméstico acaecido en nuestro edificio, consorcio o barrio. La muerte y desaparición de decenas de miles de personas en Japón se transformó en parte de nuestras vidas. Los medios de comunicación, la red y el acceso a las noticias nos sientan cada mañana ante los hechos cotidianos de nuestra única aldea: la tierra.

El miedo a transitar la suerte de Fukushima, la reelaboración de planes estratégicos sobre la producción de energías alternativas, los efectos disvaliosos – aún de las fuentes llamadas “limpias” – sobre el paisaje y la disposición final de sus elementos (molinos, células fotoeléctricas, desechos nucleares, etc), se desarrollan en la ancha franja determinada en cada país – a veces región – por los Estados nacionales a la hora de fomentar e impulsar la generación de energía con fuentes renovables y, al mismo tiempo, al regular sus métodos y participación en el mercado.

Planificación

La frase atribuida a Voltaire, que inicia este trabajo, está colocada allí para refrescar una noción que hace a la inteligencia de la planificación. Los Estados deben prepararse en la generación de energías alternativas, pues la oportunidad está pronta a aparecer. La inestabilidad política y económica de los grandes países productores de petróleo, o simplemente la finitud del elemento, generarán la fusión en la que ambos supuestos se conjugarán, y entonces las crónicas periodísticas se referirán a países con más o menos suerte. La canción de Serrat “Toca Madera”, será un *hit*. El disfrutarla con reproductores de alta tecnología o solamente a capela, dependerá de nuestras previsiones.

La Argentina ha diseñado varios instrumentos jurídicos de gran importancia desde la recuperación democrática en 1983. Debo señalar, en medio de esta ola de denostación – a la que adhiero – generalizada a los gobiernos dictatoriales que se esparcieron por el subcontinente que, hasta se puede encontrar en el Diablo algo rescatable. Que se ocupe del infierno, por ejemplo.

El presidente Alfonsín, mantuvo al frente de la Comisión Nacional de Energía Atómica, a los responsables del organismo durante la dictadura. Al mismo tiempo no le tembló el pulso para impulsar el enjuiciamiento de las Juntas Militares por las graves y repetidas violaciones a los derechos humanos. Ya forma parte del imaginario popular la “apertura” de las Centrales Nucleares a los científicos brasileros (Viedma, 1987), y a los argentinos (Iperó 1988) en los encuentros entre Alfonsín y el Presidente Sarney, puntos de partida del acercamiento que en 1991 culminara en la creación

* Abogado por la Universidad Nacional de Lomas de Zamora (UNLZ). Máster en Derecho, Economía y Administración de los Servicios Públicos en la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor titular ordinario de Derecho Administrativo I en la UNLZ y profesor adjunto ordinario de Derecho de la Integración de la Universidad Nacional de Buenos Aires.

de la Agencia Brasileño Argentina de Contabilidad y Control de Materiales Nucleares (ABACC) y en el Tratado de Asunción que diera origen a la conformación del MERCOSUR. El desarrollo de la energía nuclear con fines pacíficos es una Política del Estado Argentino. De lo mucho que nos falta por avanzar en el proceso de integración regional, es quizás, uno de los datos más auspiciosos, que el origen de la confraternidad se haya iniciado en la utilización pacífica de la energía atómica, como ocurrió en Europa con la Euratom.

Las Energías Renovables

Ciencia Ficción: según la vigésima segunda edición del Diccionario de la Real Academia Española, esta lexía compuesta se refiere a: *“Género de obras literarias o cinematográficas, cuyo contenido se basa en hipotéticos logros científicos y técnicos del futuro.”*

El futuro como condición o grado de incertidumbre. Seguramente, el autor por antonomasia era Julio Verne. “Sus Veinte Mil Leguas de Viaje Submarino”, “De la Tierra a la Luna”, o “El Viaje al Centro de la Tierra”, entre otras, fijaron un rumbo y dieron impulso a un género que engrandecieron muchos literatos y que creció a grado exponencial con la llegada del cine y sus efectos especiales. Esta rama de las letras dejó paso a la llamada literatura de anticipación y entonces el séptimo arte potenció y agrandó su espacio: “Mad Max”, “Water World”, “La Era del Hielo” y “Volver al Futuro”, han reducido la cantidad de lectores aficionados a husmear en lo que vendrá, pero han potenciado el acceso de una inmensa cantidad de espectadores a las especulaciones sobre las condiciones climatológicas y las fuentes de energía del porvenir.

“La noción de infinitud de las posibilidades del desarrollo científico y tecnológico de la humanidad choca de frente con la finitud de sus recursos naturales no renovables y transformados en energía fungible”.

La simpatiquísima secuela de “La Era del Hielo”, teoriza sobre la evolución, la extinción de las especies y el clima, algo similar al mundo acuático sin tierra y con hombres anfibios.

En la saga de “Mad Max”, un film de culto futurista, el galón de combustible supera el valor vida. La violencia es la herramienta normal de acceso a la fuente fósil de energía. Se tomó conocimiento empírico de la no renovabilidad del petróleo, pero sin alternativas, se vuelve a la tracción a sangre, o se mata por un litro de nafta.

El fenomenal De Lorian, viajaba por el tiempo transformando cualquier sustancia orgánica en energía. Las cáscaras de bananas llevan a Michael Fox a un

pasado cercano con una reedición de Edipo. Las últimas noticias acercan desde España alentadoras experiencias con desechos naturales como fuente energética.

Cierto es que, los estados han mutado su noción de soberanía, no solo a la luz de las relaciones internacionales de globalización e integración, sino también en cuanto a la necesidad de utilizar y explotar las posibilidades que da la naturaleza para generar nuevas fuentes de energía “limpia”.

La noción de dominio absoluto del territorio, su subsuelo, espacio aéreo y plataforma marítima han perdido vigencia. Fukushima se yergue para temor y terror de los apóstoles de Nagasaki e Hiroshima.

La caída de los ríos y las usinas hidroeléctricas, han sido uno de los primeros ejemplos de integración internacional por la concurrencia de las competencias. Ahora sería jurídica y políticamente (aunque material y arquitectónicamente posible) impensable erigir una Muralla China cuya elevación impida la circulación de los vientos y su aprovechamiento en las turbinas eólicas. Con mayores esfuerzos ingenieriles, podríamos anticipar un escenario similar con diques que limiten el movimiento marítimo y disminuyan la posibilidad de la explotación energética mareomotriz.

Los estados están abocados a impulsar emprendimientos que desarrollen alternativas a los combustibles fósiles. La noción de infinitud de las posibilidades del desarrollo científico y tecnológico de la humanidad choca de frente con la finitud de sus recursos naturales no renovables y transformados en energía fungible.

En la Argentina, la historia dimensionaba el valor de las empresas nacionales de energía, en su relación de monopólica explotación de los combustibles fósiles. Yacimiento Petrolíferos Fiscales (YPF) , Yacimientos Carboníferos Fiscales (YCF), fueron creadas en el marco de una política de estado y fueron son una muestra de ese pasado que ha extendido su vida con revolucionarias tecnologías aplicadas a la refinación y aleación de los combustibles no renovables. Y ahora la materia prima para las baterías de los teléfonos, Ipad y PC’s portátiles, con el litio, dan otra oportunidad, otra vuelta de tuerca a la extracción de minerales (o exacción). Pero todos tienen un límite material: la cantidad de bienes y productos en las entrañas del territorio nacional.

La Hidroeléctrica Trajo un Respiro

Pero la llave está en la fuerza reguladora del Estado en la economía, para permitir, impulsar y fomentar la producción energética del futuro.

El derecho como herramienta. Las medidas de fomento para alentar el impulso empresarial privado, asociado con el Estado. Investigar para producir energía limpia. Recuperar diplomáticamente los derechos de explotación en Malvinas.

En medio de un penoso debate sobre el gas envasado y el precio de las garrafas, una vez más la nación amnésica

que inmortalizó Enrique Pinti, se olvida de los años del venteo del gas en la Patagonia para llegar más rápido al petróleo, o la década de privatizaciones compulsivas. Las tan meneadas políticas de Estado reclaman orden, para resistir el presente; planificación, para organizar el futuro; durabilidad, para mantenerse en el tiempo; y paciencia, para que llegue el momento en el que – si fueron acertadas – podamos disfrutarlas. La Argentina posee un rico, pero a la vez complejo, entramado en el reparto de las competencias entre la Nación, las Provincias y los municipios. El poder de policía, como especie del género de las actividades legislativas del estado limitantes de derechos constitucionales ha llevado años de debate, pero en el presente nos acercamos a alguna noción reconocible y aceptable por todos los actores del quehacer nacional, en especial después de su expresa mención en el texto constitucional¹. Queda, sin embargo, dilucidar con exactitud a quien compete la otra cara de la misma moneda: la actividad positiva administrativa para encauzar y ordenar el esfuerzo privado en aras del bien común, pero no desde las restricciones, sino desde las múltiples herramientas de impulso.

1) Fomento, Estímulos, Ayudas Públicas. Noción

Las nociones doctrinarias de Fomento, estímulos, ayudas públicas o cualquier otra variante que se utilice para mencionar las acciones y normaciones positivas de la administración, dirigidas a encauzar y alentar alguna determinada actividad², o conducta social/ empresarial /personal – y en algunos casos, pública –, en forma directa, legal, reglamentaria e inclusive por el simple reconocimiento social y popular o público que implica la difusión de los logros y de las conductas valiosas, encomiables e imitables por las generaciones futuras; se construyen insertas en planes de gobierno, planes estratégicos, políticas públicas o proyectos plurianuales que los contienen y definen por comprensión.

1.a) Contexto Histórico. Presentación

Como toda reseña histórica³ -subjetiva y sesgada- considero necesario iniciarla desde algún hito fundante, desde algunas Bases y Punto de partidas, fácilmente reconocibles. Alberdi, es sin lugar a especulaciones, el autor consular a la hora del análisis de las fuentes constitucionales del ordenamiento argentino. Sus Bases y sus Estudios Rentísticos⁴ conforman una propuesta plurianual – en los hechos plurisecular – que luego se cristalizó en el Plan Maestro de la Nación Argentina: la Constitución Nacional.

1.b) La Actividad Pública de Fomento en las Fuentes del Derecho Público Argentino

Para admiradores y detractores, J.B. Alberdi plasma de su propio cuño el –hoy criticado, antes muchas veces elogiado – artículo 20⁵ y su correspondiente artículo 25⁶ del Magno texto, y recibe influencias y abreva de distintas fuentes –obviamente, además del derecho constitucional norteamericano-. Cassagne, ha consagrado estos últimos años, a profundizar sus investigaciones y sus publicaciones sobre las influencias directas de la Constitución de Cádiz en las fuentes constitucionales argentinas, pero especialmente ha encontrado los hilos conductores de las doctrinas que informaron a La Pepa y replicaron en el constitucionalismo americano, sostiene que la promoción de la educación popular y del fomento de las industrias, representan, entre otros principios y valores, la herencia constitucional más aquilatada que las repúblicas hispano-americanas recibieron de la trascendente simbiosis histórica que encarnó la Constitución de Cádiz. Efectivamente, las cláusulas referidas a la “captación” de las capacidades, artes y oficios de los extranjeros –a cambio de ciudadanía– plasmadas en los primeros artículos de la Constitución gaditana, reconocen viejas tradiciones –recuérdese, nada menos, que la actitud de los Reyes Católicos en apoyo de la empresa del genovés Cristóforo Colombo, españolizado como Cristóbal Colón– entre las que especialmente nos interesa destacar las menciones expresas de ese texto constitucional, así en el capítulo VII, sobre las facultades de las Cortes, se lee en el artículo 131^o:

Las facultades de las Cortes son:

Séptima. Aprobar antes de su ratificación los tratados de alianza ofensiva, los de subsidios y los especiales de comercio.

Vigésima prima. Promover y fomentar toda especie de industria, y remover los obstáculos que la entorpezcan.

En resumen, toda la herencia colonial, su impronta local, el impulso al desarrollo de la producción rioplatense – con miras de abastecimiento a la metrópoli – y el comercio exterior, una vez iniciado el proceso emancipador, se mantuvo en las estructuras administrativas de los Cabildos – luego Provincias - y de allí, lentamente hacia la unificación nacional. Lo ha memorado la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “Si bien es cierto que hemos adoptado un gobierno que encontramos funcionando, cuyos precedentes y cuya jurisprudencia deben servirnos de modelo, también lo es que en todo lo que expresamente nos hemos separado de aquél nuestras instituciones son originales y no tienen más

1 Artículo 75º, inciso 30 de la Constitución Nacional, reformada en 1994.

2 Deliberadamente utilizamos la palabra “actividad”, para englobar las nociones de actos, contratos, reglamentos y hechos administrativos.

3 Por lo tanto desarrollaré una brevísima reseña histórica de la intervención administrativa en la economía o del Derecho Administrativo Económico Argentino.

4 El libro Bases y Puntos de Partida, se editó en 1852, la Constitución Nacional en 1853 y el libro Sistema Económico y Rentístico, una suerte de exegesis de la organización económica impulsada por la Constitución fue editado en 1854.

5 Artículo 20º. Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen la nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República.

6 Artículo 25º. El Gobierno Federal fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes.

precedentes y jurisprudencia que los que se establezcan en nuestros propios tribunales. El punto sometido hoy al fallo de la Suprema Corte, es precisamente uno de estos. En la constitución norteamericana no existe ninguna prescripción análoga a la que consigna el inciso 16° del artículo 67° de la Constitución Nacional.⁷

1.c) La Clausula del Progreso. (Artículo 75° inc. 18, ex artículo 67°, inciso 16 – texto idéntico- desde la Constitución Nacional de 1853)

Como desde el siglo XIX, los sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, esta norma no encuentra fuente directa en la Constitución norteamericana, y de ella emergen todos los regimenes legislativos de fomento, y a su vez, motivan el apartamiento señalado de la Jurisprudencia de Estados Unidos. Con maestría, Fiorini⁸ resume la situación:

“La planificación jurídica y la técnica administrativa de fomento se presentan como una sistematización local particular de medidas prácticas a fin de incrementar la mayor producción de bienes y servicios de un país determinado en beneficio de la comunidad. Debe destacarse que la cláusula del art. 67°, inc. 16, y su correlativa del art. 107°, tiene como fuente el art. 67°, inc. 3, del proyecto alberdiano, y que la constitución norteamericana no tiene ninguna cláusula que se le asemeje. No puede entonces recurrirse a la jurisprudencia norteamericana para sostener o interpretar la cláusula constitucional del progreso económico. Este olvido ha desviado a muchos constitucionalistas; la cláusula del progreso económico es típicamente nuestra, no así la cláusula comercial e interjurisdiccional del art. 67°, inc. 12, que tiene parentesco con la cláusula norteamericana. La jurisprudencia de los Estados Unidos de América, para sustentar alguna ley federal del bienestar, debe distorsionar el contenido de su cláusula sobre comercio interestadual. En suma: la actividad administrativa que regla y aplica las técnicas de fomento no se identifica a labor policial, puesto que se sustenta en una cláusula constitucional que la garantiza en forma muy distinta.”

Para tenerlo presente, este es el texto que se mantiene incólume desde la primera redacción:

“Artículo 75°, inciso 18. Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por

leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo.”

2) Fomento. Modalidades

En esta segunda parte nos referiremos a la actividad que hemos denominado “Fomento” -adjudicándole al termino una noción muy genérica- nos referiremos a las infinitas modalidades, actividades y reglamentaciones que desarrolla el Estado para impulsar la actividad privada, planificada e inserta en políticas públicas que determinen previamente, cuales iniciativas de los particulares merecen ser apoyadas por las estructuras estatales, y cuales acciones no realizadas libremente ni autogestivas en la sociedad, merecen un aliento especial - incluso subsidios o garantías de consumo, como en el caso que nos ocupa- para despertar del letargo a quienes descubren, a partir de los incentivos y ayudas públicas un atractivo para romper la inercia anterior a la presencia gubernamental.

Habrán notado que en el párrafo anterior utilice las palabras: fomento, impulso, iniciativa, apoyo, aliento, subsidios, garantías de consumo, incentivo, y ayuda. Todos sustantivos incorporados en el vocabulario de esta rama de la actividad estatal que, pretendemos diferenciar de los clásicos policía – y poder de policía -, servicios públicos y coacción. Además, corresponde mencionar otra inmensa cantidad de actividades de impulso que acomete el Estado, pero que las abordaremos por separado, pues entendemos que su naturaleza es típicamente tributaria, y consecuentemente su control judicial es más fácilmente practicable –principio de legalidad mediante- que el que involucra a las prácticas enunciadas más arriba, demasiado liberadas a la discrecionalidad administrativa y que solo han encontrado algún quicio en el control extrínseco de las decisiones administrativas de fomento.

La diferencia que pretendemos sostener, entre la naturaleza que informa las actividades positivas discrecionales del Estado y que – residualmente – caracterizamos como de no impositivas, se comportan con cierta analogía a la opinión⁹ que sostuvimos al comentar los principios procedimentales de la Ley 23696¹⁰ – en especial su artículo 15° - De allí las referencias interpretativas, por ejemplo:

“Habilitar: Hacer a una persona hábil o apta desde el punto de vista legal: habilitar para suceder. // Proveer de: habilitar un millón de pesetas. // Comandar. // Disponer, arreglar, acondicionar: habilitar una casa. (Larousse). Según la Enciclopedia Encarta: Dar (a las personas) capacidad civil o de representación y (a las cosas) aptitud o posibilidad legal. a Pedro comparecer. ”*

7 Corte Suprema de Justicia de la Nación(CS) “Ferrocarril Central Argentino c. Provincia de Santa Fe”, 3 de julio de 1897.Publicado en: La Ley Online .

8 FIORINI, Bartolomé. Manual de Derecho Administrativo. La Ley. Buenos Aires. 1968. T° II. P. 766.

9 BIGLIERI, Alberto: “PRIVATIZACIONES: Las Alternativas de Procedimiento en la Ley 23.696.” Revista del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora. Año VII N° 34, PAG. 42/43/44.

10 Conocida como la Ley de Reforma del Estado (1989), o más comúnmente como la Ley de las Privatizaciones. Lo cierto es que su título incluía muchas otras nociones, que fueron “olvidadas periodísticamente”. Su verdadero sumario rezaba: “Reforma del Estado. Emergencia Administrativa. Privatizaciones y Participación del Capital Privado. Programa de Propiedad Participada. Protección del Trabajador. Contrataciones de Emergencia. Contrataciones Vigentes. Situación de Emergencia en las Obligaciones Exigibles. Concesiones. Plan de Emergencia del Empleo. Disposiciones Generales.”

En la jerga jurídica esta palabra tiene diversas acepciones. Una de ellas es la de subsanar en las personas su falta de capacidad civil o de representación; cual sucede en los casos de emancipación de los menores; y en las cosas, sus deficiencias de aptitud o de permiso legal, como ocurre con la habilitación de días y horas inhábiles para la práctica de diligencias judiciales.

Pero en la Argentina, como en otros países, la habilitación es una forma de retribuir, en todo o en parte, el trabajo que se efectúa por cuenta ajena, consistente en asignar al trabajador un determinado porcentaje de sus utilidades en la empresa. En realidad representa lo que en Derecho Laboral se llama participación en los beneficios. (Diccionario de Cs. Jurídicas y Políticas de Manuel Ossorio).

La facilidad de acudir a un denominador común, nos lleva al Diccionario de la Real Academia, de allí, en su 5ª acepción, leemos: 5. tr. Der. Subsanar en las personas falta de capacidad civil o de representación, y, en las cosas, deficiencias de aptitud o de permiso legal. Habilitarlo para comparecer en juicio. Habilitar horas o días para actuaciones judiciales.

Y nuestra conclusión; **Habilitación:** Remover leyes de policía. La Habilitación Comercial Municipal suena o se asemeja mucho a la Autorización, aunque se ajusta a sí misma cuando nos referimos a una Habilitación Industrial Municipal. (La modernidad le mejoró - o enderezó - el significado con la llegada de las zonificaciones en los municipios).

Luego de estas analogías idiomáticas, proponemos diferenciar, entonces, que los incentivos erarios se ajustan a un instituto similar al de las habilitaciones mencionadas, cuya fuente, surge de la combinación y armonización de los principios de la distribución de competencias federales y provinciales entre las "Cláusulas del Progreso" y el reparto de las delegaciones, reservas y concurrencias en materia impositiva, que le ponen quicio de antemano y conforman el Tesoro Nacional, para luego , reimpulsar la actividad privada "aligerando" las cargas fiscales. Ambas facetas – la imposición y sus excepciones- emergen de la actividad legislativa, bajo el imperio del principio de legalidad en la materia.

En cambio, las otras técnicas de fomento –no impositivas– nacen y crecen a la luz de la acción positiva, del impulso, del fomento dativo y de la generación normativa creadora. Son políticas activas que necesitan –en la mayoría de los supuestos– de recursos materiales para su realización. Su ordenamiento puede ser reglamentario, además de legal, y en algunos casos –como las Menciones Honorarias, los Reconocimientos Públicos o un simple obsequio no inventariado¹¹– solo basta con un acto o hecho administrativo que lo cristalice.

2.a) La Intervención Administrativa en la Economía

Lo cierto, y valga la aseveración para estas dos "ramas" en las que clasificamos la actividad de impulso público es que los innumerables recursos de fomento con los que cuenta el Estado sin utilizar sus competencias activas, reglamentarias o de control podrían equipararse en incidencia dineraria (e incluso superar) a las previsiones presupuestarias para obras, suministros y servicios públicos. Efectivamente la definición de Fomento de Jordana de Pazos – utilizada por la mayoría de la doctrina - con una técnica "residual" deja a la vista que dicha actividad escapa a los sistemas propios de funcionamiento y supervisión de las otras actividades típicas de la administración y se constituye, por descarte, en el movimiento de un inmenso volumen de recursos públicos sin control:

"... la acción de la administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos".¹²

Es por ello que se sostiene que la actividad interventora del Estado en materia económica excede sus límites históricos comprendiendo actualmente:

"El conjunto de normas e institutos jurídicos que permiten al Estado ejercer influencia, orientar, dirigir, estimular, prohibir o reprimir comportamientos de los agentes económicos en un determinado país o conjunto de países".¹³

A pesar de la amplitud que aborda el Derecho Económico o Derecho Administrativo Económico, en estas páginas nos referiremos entonces, solamente a las normas e institutos jurídicos que desarrolla el Estado del Siglo XXI, dejando de lado los sistemas prestacionales, las acciones y normas coactivas, y las reglas de la Responsabilidad.

2.b) La Actividad de Impulso Económico Estatal: La Nueva Cláusula del Progreso

El Estado argentino manifiesta su nuevo compromiso y lo profundiza con el ajuste a la Cláusula del Progreso, modificada a partir de 1994 –en la conjunción con la ampliación registrada por el inciso 19, pues el inciso 18 del actual artículo 75º, como ya dijimos, es la reproducción idéntica del anterior inciso 16 del artículo 67º-. Ese compromiso, se ve en especial en la redistribución de competencias y responsabilidades futuras del nuevo artículo 41º –sobre la protección ambiental-, en las menciones expresas al poder de policía en el artículo 75º inciso 30; y en la actual redacción de los demás incisos de este artículo que rige las competencias del Congreso Nacional. A lo desarrollado desde el inicio, con las referencias a las fuentes sobre

11 Va de suyo, que aún en la naturaleza individual de estas acciones, tampoco se comprenden como tolerables la expedidas en tiempos de interrupción del orden constitucional. En los primeros Concursos Abiertos de oposición y antecedentes para la provisión de Cargos Docentes Ordinarios de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora – Res. 1/85 HCS - el claustro estudiantil sostuvo la irrelevancia de los antecedentes de ejercicio docente en la Universidades Pública y las publicaciones en medios oficiales colectados durante la dictadura. Esta moción fue sostenida, aceptada por los Jurados Docentes y convalidada por los Consejos Académicos y Superior, garantizando así la igualdad de oportunidades de los concursantes, evaluando los antecedentes "democráticos" y la clase de la oposición. Expte.UNLZ-R- 23337/87, con Res. A-054/87.

12 JORDANA de PAZOS, reseñado en el libro " Ayudas Públicas " de Ignacio M de la Riva, Editorial Hammurabi. Buenos Aires 2004, pag. 104.

13 HERREN AGUILLAR, Fernando, "Dereito Economico" Editorial Atlas, San Pablo, 2006.

las que se apoyó Alberdi y la Convención de 1853 para establecer la cláusula inicial, en 1994 se incorporó con protección y rango constitucional la inversión estatal destinada al fomento cultural: "interés por la protección de una cultura diversa y por la creación artística. El gasto estatal en esas actividades está constitucionalmente justificado, por lo que no serían irrazonables políticas de subsidios o exenciones tributarias. No obstante, las diversas circunstancias económicas del país autorizarían al Congreso a elegir discrecionalmente qué actividades se privilegian cuando las opciones disponibles no son demasiadas."¹⁴ En el mismo texto se incorporó el reconocimiento supralegal de la autonomía universitaria.

2.c) Subvenciones y Subsidios

Hecha esta aclaración introductoria, debemos expresar que la naturaleza jurídica de las medidas erarias que se utilizan como métodos de apoyo público, en tanto que excepciones al régimen tributario general, son de idéntico cuño que las imposiciones de las que se exceptúan, como lo comparamos con las habilitaciones y precarios anteriormente. Así: los caracteres y principios que informan las excepciones erarias para fomentar actividades privadas -o públicas- son los mismos del Derecho Tributario común.

Desde bastante tiempo se viene discutiendo el problema de prelación de normas en la Constitución Nacional. La reforma constitucional y los agregados de los incisos 22 y 24 en el artículo 75º, sobre el derecho de los tratados, parecen conmover el tradicional ordenamiento del artículo 31º. Para el caso que nos ocupa distintos autores tributaristas se han expresado en un sentido que acompañamos, aún cuando de sus reseñas e interpretaciones previas hacemos reserva -especialmente en lo referido a la subsistencia incólume del orden de prelación emergente del mencionado artículo 31º de la Constitución Nacional-.

En ese marco tributario, en el que debemos desenvolvemos de acuerdo a los hasta aquí expuesto, ha dicho Casás:

"Una de las cuestiones más álgidas suscitadas en este aspecto, es la relativa a si el Congreso Nacional puede eximir temporalmente a ciertos sujetos, materia o emprendimientos -en razón de la actividad, lugar de la inversión, etc.-, no solo de gravámenes nacionales, sino también de tributos provinciales y municipales, sobre los cuales no tiene potestad normativa para crearlos."

Ciertamente, de la lectura y del desarrollo realizado en el capítulo anterior, nos encontraremos con que los temas

que se analizaran aquí por separado, se informan de los mismos criterios generales que toda la actividad de fomento. No venimos a tratar aquí todas las disposiciones generales en razón de las obligaciones tributarias. Por el contrario, versa nuestro tema actual, sobre un régimen excepcional de la legislación impositiva. Como tal, anclado en el interior de las normas que lo contienen, recepta - a riesgo de inconstitucionalidad - los mismos principios¹⁵ que su continente. La legalidad, la igualdad en las cargas tributarias, la expresión concreta del hecho imponible, la no confiscatoriedad, su respeto al reparto de competencias constitucionales y a falta de ellas la preeminencia de la territorialidad en la imposición, y la indubitable -cuando es alcanzada- significación y realidad económica, receptadas en los artículo 1º y 2º¹⁶ de la Ley Nº 11683.

No obstante, estas ayudas públicas concretadas por medidas erarias- aparecen en el universo legislativo de la tributación como un procedimiento de excepción al régimen general, cuya resolución final encuentra a la autoridad de aplicación dotada de un amplio margen de discrecionalidad para otorgarlas y cuyo soporte -causa de derecho- es, nada más y nada menos que la Clausula del Progreso, sea aplicada dentro del ámbito coincidente entre la legislación dictada y la competencia del decisorio de excepcionarla, o inclusive con prescindencia de la competencia legislativa local, si la autoridad de aplicación esgrime su condición de tal en las mandas de la Constitución nacional sobre las promociones.

Hemos visto, una variada presentación de actividades de fomento que puede desarrollar el Estado, y que se inscriben solamente en el derecho tributario y, por lo tanto se informan de sus principios. Antes de incursionar en las cuestiones de la regulación ambiental y el desarrollo energético alternativo, mencionaremos algunos ejemplos y clasificaciones de estas actividades. Las medidas erarias entonces se inscriben en la infinidad de regímenes promocionales que coexisten en un país federal entre normas locales y federales, a partir de la vigencia de cada uno de estos regímenes, se produce la modificación de la norma tributaria que disponía las obligaciones impositivas de los contribuyentes. Esa modificación dispara un procedimiento que debe recorrer el eventual beneficiario del régimen -si desea adherirse- y concluye con la decisión administrativa determinativa de la inclusión o exclusión de la actividad (objetiva) o de la persona (subjettiva) a la promoción.

Difícil sería listar estas medidas que analizamos, y que finalmente trataremos en especial para el campo energético, por lo tanto solo señalaremos las más utilizadas, con la tolerancia que implica abordar un complejo tema como el tributario y sus intrincadas especificidades desde lo administrativo:

14 GELLI, M. Angélica. Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada. . La Ley. Buenos Aires . 2006. 3º Edición - ampliada y actualizada- p. 696.

15 Ampliar en GÓMEZ Teresa y FOLCO, Carlos María. PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO. Editorial La Ley. Buenos Aires. 2009. 6º Edición, actualizada y ampliada.

16 Principio de Interpretación y Aplicación de las Leyes (tributarías).

Art. 1º - En la interpretación de las disposiciones de esta ley o de las leyes impositivas sujetas a su régimen, se atenderá al fin de las mismas y a su significación económica. Sólo cuando no sea posible fijar por la letra o por su espíritu, el sentido o alcance de las normas, conceptos o términos de las disposiciones antedichas, podrá recurrirse a las normas, conceptos y términos del derecho privado.

Art. 2º - Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible se atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los contribuyentes. Cuando éstos sometan esos actos, situaciones o relaciones a formas o estructuras jurídicas que no sean manifiestamente las que el derecho privado ofrezca o autorice para configurar adecuadamente la cabal intención económica y efectiva de los contribuyentes se prescindirá en la consideración del hecho imponible real, de las formas y estructuras jurídicas inadecuadas, y se considerará la situación económica real como encuadrada en las formas o estructuras que el derecho privado les aplicaría con independencia de las escogidas por los contribuyentes o les permitiría aplicar como las más adecuadas a la intención real de los mismos.

2.d) Diferimientos: Se trata de una suerte de apoyo financiero que obtiene el beneficiario al ver desplazados del calendario de vencimientos sus obligaciones. En algunos casos de muy largos plazos, se ha otorgado con la instrucción directa de la inversión a realizar: las plantaciones de olivares en la zona cuyana son un ejemplo de estos últimos.

2.e) Eximición de Impuestos (Totales y Parciales): Es el método más común, corren por él desde las empresas que obtienen alícuotas preferenciales o exenciones totales a los Ingresos Brutos –por ejemplo las actividades industriales en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– hasta los múltiples casos de beneficios a los jubilados o pensionados –tasas municipales por vivienda única y único ingreso, tarifas especiales en los servicios públicos, etc.– pasando por las alícuotas diferenciadas de IVA¹⁷ –importaciones ganado bovino, ovinos, miel a granel, obras culturales, libros–, las exenciones objetivas totales –exportaciones de publicaciones, libros en fascículos, monedas metálicas, pan, algunos derivados de los lácteos– o las exenciones totales subjetivas –cajas profesionales, salud, previsión, personas con capacidades diferentes–. Obviamente, en el caso de las exportaciones se realiza con un sistema de recupero complejo en el que se “supone” una gravamen ficticio, pues la técnica tributaria no reconoce la situación del IVA como una exención común, y extiende certificados de crédito fiscal para alentar a los exportadores.

2.f) Certificados de Crédito Fiscal: si bien podría considerarse un sub rubro del anterior, corresponden a esta modalidad los créditos fiscales a las exportaciones y los que se pueden imputar a períodos posteriores a los de los hechos imposables. A primera vista no se percibe –en estos últimos– la ventaja, pues no hay una mejora financiera. No obstante el adjudicar un crédito contra una obligación que en principio se debería cumplir íntegramente, si lo es. Dentro de estas categorías, podemos recordar los certificados que se extendieron en la creación del régimen para la renovación del parque automotor –y de vehículos afectados a la producción– en los Decretos 647/1995, “Régimen de renovación del parque automotriz, del 04/05/1995, Publicado en: Boletín Oficial 09/05/1995 - ADLA 1995 - C, 3041 y el 257/1999, “Régimen de renovación y modernización del parque de tractores, cosechadoras, acoplados y demás máquinas e implementos de uso agropecuario” del 19/03/1999. Publicado en: Boletín Oficial 24/03/1999-ADLA 1999-B, 1521, que luego merecieron varias modificaciones y extensiones.

3) El Artículo 41¹⁸ de la Constitución Nacional Reformada. Protección y Garantía Ambiental¹⁹

A partir del nuevo texto constitucional, se han dictado en nuestro país numerosas normas de las llamadas de presupuestos mínimos, entre las que se destaca la Ley General del Ambiente N° 25.675, esta norma fija las pautas mínimas que deben respetar

la organizaciones subfederales para una gestión adecuada y sustentable del ambiente, plasma en la legislación interna los principios ambientales, que habían sido receptados de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de 1972 y la Declaración de Río de Janeiro sobre Ambiente y Desarrollo de 1992.

Esa Ley en su artículo 4° establece que “la interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios:

Principio de Congruencia: La legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, éste prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga.

Principio de Prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir.

Principio Precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente.

Principio de Equidad Intergeneracional: Los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras.

Principio de Progresividad: Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos.

Principio de Responsabilidad: El generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan.

Principio de Subsidiariedad: El Estado nacional, a través de las distintas instancias de la administración pública, tiene la obligación de colaborar y, de ser necesario, participar en forma complementaria en el accionar de los particulares en la preservación y protección ambientales.

Principio de Sustentabilidad: El desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales

17 Impuesto al Valor Agregado, Ley N° 23349, artículos 7°, 28° y ccdtes.

18 Artículo 41°. Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarla, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

19 Para el análisis de esta sección del trabajo, he recibido la colaboración especial de la profesora Laura Viviana Sagrera, especialista en Derecho Ambiental, docente de la materia en la UNLZ y en la UBA.

deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal, que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras.

Principio de Solidaridad: La Nación y los Estados provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos.

Principio de Cooperación: Los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional. El tratamiento y mitigación de las emergencias ambientales de efectos transfronterizos serán desarrollados en forma conjunta.

Aquí, corresponde resaltar la importancia del principio de responsabilidad y el de sustentabilidad, para razonarlos en consonancia con las líneas generales que trazamos a la hora de abordar las actividades de fomento o ayudas públicas.

También dicha norma determina cuales serán los instrumentos de la política y la gestión ambiental, indicando los siguientes:

- a.- El ordenamiento ambiental del territorio.
- b.- La evaluación de impacto ambiental.
- c.- El sistema de control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas.
- d.- La educación ambiental.
- e.- El sistema de diagnóstico e información ambiental.
- f.- El régimen económico de promoción del desarrollo sustentable que, como veremos alumbra la legislación de fomento sobre energías renovables.

4) Leyes de Fomento y Ayudas Públicas para las Energías "Limpias"

Con estos lineamientos básicos, y específicamente en el sector energético, se dictaron las Leyes N° 25.019 de generación de energía de origen eólico y solar; N° 26.093 de generación de energía a través de biocombustibles; N° 26.190 de fomento nacional para el uso de fuentes renovables de energía, destinada a la producción de energía eléctrica y N° 26.334 de promoción del bioetanol.

Varios son los análisis que se pueden efectuar de dichas normas, pero me circunscribiré a su característica principal, las tres son leyes de fomento, de promoción, de ayudas públicas.

La Ley N° 25019 de 1998 de generación de energía eléctrica de origen eólico y solar, entre sus incentivos no requiere para este tipo de generación autorización previa de la autoridad competente.

Las inversiones de capital para la instalación de estos equipos podrán diferir el pago del IVA por el término de 15 años, a partir de la promulgación de la norma.

Para este tipo de generación podrán afectarse recursos del Fondo para el Desarrollo Eléctrico del Interior, creado por el artículo 70° de la Ley N° 24065, que es

el régimen de la energía eléctrica en nuestro país, esta afectación la puede realizar el Consejo Federal de la Energía Eléctrica y para ello, la Secretaria de Energía aumentará el gravamen para conformar el Fondo Fiduciario de Energías Renovables. Esta afectación de recursos también se hará por un periodo de 15 años, desde la solicitud del beneficio para los proyectos a instalarse y desde que fueron efectivamente instalados para aquellos ya en funcionamiento.

"La Secretaría de Energía, debe alentar la compra de este tipo de energía por parte de los distribuidores y, propender a que sus excedentes tengan un tratamiento similar al recibido por las centrales hidroeléctricas convencionales".

La Secretaría de Energía, debe alentar la compra de este tipo de energía por parte de los distribuidores y, propender a que sus excedentes tengan un tratamiento similar al recibido por las centrales hidroeléctricas convencionales.

Tendrán estabilidad fiscal por 15 años, cuando este tipo de generación de energía vuelque la misma al MEM o lo destine a la prestación de un servicio público, no pudiendo afectar al establecimiento con una carga tributaria total mayor.

Por su parte, la Ley N° 26.093 y la Ley N° 26.334 de promoción del bioetanol, que básicamente remite a la primera de promoción y uso de biocombustibles (es decir, bioetanol, biodiesel y biogás que son generados con materias primas de origen agropecuario, agroindustrial y desechos orgánicos), establece un régimen de promoción a 15 años. Instaura requisitos para la habilitación de las plantas que generen estos biocombustibles, como aquellas que mezclen éstos con las combustibles convencionales.

Fija precios de referencia. Además, las plantas deben cumplir requisitos de calidad. Su régimen de promoción comprende:

A. Para los sujetos, cuyos establecimientos los instalen en territorio nacional, deben ser emprendimientos de propiedad de sociedades comerciales privadas, públicas o mixtas o cooperativas constituidas en argentina y habilitadas exclusivamente para estos proyectos.

B. El capital de dichas sociedades en su mayoría deben ser aportes del Estado Nacional, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, provincias o municipios o personas físicas o jurídicas dedicadas mayoritariamente a la actividad agropecuaria.

C. Tienen que acreditar haber accedido al cupo fiscal establecido en el artículo 14° de la propia ley, y

que consiste en el cupo total de los beneficios que se establece en la Ley anual de presupuesto y será distribuido por el P.E. priorizando:

- a. Promociones de PyMES.
- b. Promociones de productos agropecuarios.
- c. Promocionar las economías regionales.

Entonces, los sujetos que reúnan estas características acceden al cupo fiscal podrán gozar por 15 años de los beneficios siguientes:

1. Devolución del IVA y amortizaciones aceleradas del impuesto a las ganancias de acuerdo a la Ley N° 25.924 de promoción de inversiones.
2. Los bienes afectados al proyecto no integrarán la base de imposición del impuesto a la ganancia mínima presunta de la Ley N° 25063.
3. Se promoverán programas específicos con sus correspondientes partidas presupuestarias en implementación de tecnologías y adquisición de bienes de capital para la generación de biocombustibles.

La Ley N° 26.190 pauta, la generación de energía eléctrica por fuentes renovables en un 8% para dentro de 10 años. Establece un régimen de inversiones por 10 años, para la construcción de plantas de generación por fuentes renovables, los beneficios de este régimen es el mismo que fijó la Ley N° 26.093, ello es, devolución de IVA, amortizaciones aceleradas, no integración de los bienes de capital como base mínima presunta, etc. y finalmente promueve el empleo nacional en los proyectos y la utilización de bienes de capital de origen nacional para las plantas de generación, resaltando la prioridad que se le adjudicará a quienes cumplan con estos requisitos.

5) Energía Atómica

Para concluir, como hicimos algunas referencias políticas y jurídicas en el inicio a la cuestión de la energía nuclear, corresponden ahora algunas menciones especiales. En primer lugar, ya se habrá notado, que el nuevo texto constitucional excluye cualquier posibilidad de inclusión al país de residuos de este tipo de materiales. "Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos."

De todas formas, la experiencia con las viejas centrales -Embalse y Atucha²⁰-, mantuvo el impulso en la investigación y desarrollo de esta modalidad de producción de energía en el país, iniciada en el año 1965. La combinación de obras públicas, y contratos de obra pública fue la base -con distintos porcentuales- de ambos emprendimientos, así también, el comienzo de Atucha II, pero que ha mutado en los últimos años a un modelo distinto de financiamiento, en el cual se conjugan - además de las modalidades de participación estatal directa y a través de contratistas- la figura de una Sociedad Anónima creada por Decreto Presidencial N° 1540/94 en el marco de la mencionada Ley de Reforma

del Estado N° 23696. En ese mismo decreto se alumbró el nacimiento del Ente regulador de la actividad, pues se preveía la privatización de la empresa Nucleoeléctrica Argentina S.A. El sistema, se cierra con el dictado de la Ley N° 24804, que crea una Autoridad Regulatoria Nuclear, y delimita las funciones y los recursos de la histórica Comisión Nacional de Energía Atómica (CNEA).

Actualmente, la sociedad anónima Nucleoeléctrica se mantiene en el ámbito estatal (el 99% de sus acciones son del Estado Nacional y un 1% del ente estatal Emprendimientos Energéticos Binacionales SA.) y se la introdujo en un fideicomiso dirigido por el BICE (Banco público de Inversión y Comercio Exterior) para culminar y poner en marcha Atucha II.

Merece una mención especial, por su grado de tecnicidad, avance, reconocimiento internacional y sus objetivos, la sociedad del Estado INVAP. Provedora internacional de tecnología nuclear - energética y médica - reconocida por las autoridades norteamericanas de la NASA - en su rubro de industria espacial y satelital- está también empeñada en proyectos de explotación de energía eólica. Su naturaleza jurídica, la ha mantenido alejada de los devenires económicos de los últimos gobiernos y su directorio se conforma con representantes de la Nación (CNEA), de los empleados y de su copropietaria pública, la Provincia de Río Negro, donde asienta sus principales actividades de investigación y desarrollo en altas tecnologías.

También es importante destacar el grado de integración alcanzado en la conjunción de actividades llevadas a cabo en el seno de la nombrada ABACC. El recorrido iniciado por los Presidentes Alfonsín y Sarney, con las declaraciones conjuntas de Foz de Iguazú (1985), Viedma (1987), Iperó (1988), y continuado por Menem y Collor de Melo, quienes nuevamente en Foz de Iguazú en 1990, firmaron una Declaración sobre la Política Nuclear Común, que tiempo después impulsaría el nacimiento de la Agencia Brasileño Argentina de Contabilidad y Control de Materiales Nucleares. Estos acercamientos, se reflejaron en conjunto a la hora de incorporarse al Tratado de Tlatelolco, ambas naciones, y continúan en la actualidad desarrollando tareas internacionales en común en esta materia.

El desastre de Japón, ha demorado los importantes avances que se habían registrado en la Central Atucha II, sometiéndose las obras finales a nuevas inspecciones ante la presión internacional sobre el diseño de esta central que ha demorado más tiempo que las novedades de la seguridad le imponen a esta producción riesgosa de la energía. No obstante, la Argentina suscriptora del Convenio internacional de no proliferación de armas nucleares, del mencionado Tratado de Tlatelolco -proscripción de armas nucleares-, y parte integrante del Grupo de Países Proveedores Nucleares tiene una tradición de regulación en la materia y, en especial, sobre la exportación de materiales sensibles, regulado en el Decreto N° 603/92 y sus modificatorias. 