

**22 CONGRESO MUNDIAL DE GAS
TOKIO - JUNIO DE 2003**

**TRANSPORTE Y DISTRIBUCIÓN DEL GAS NATURAL EN LA
REPUBLICA ARGENTINA: UNA EXPERIENCIA RECIENTE EN
MATERIA DE PRIVATIZACION Y CREACIÓN DE NUEVOS
MARCOS REGULATORIOS.**

AUTOR:

**CENTRO DE ESTUDIOS DE LA ACTIVIDAD REGULATORIA
ENERGETICA**

C.E.A.R.E.

**DIRECTOR DE LA CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN
REGULACIÓN ENERGÉTICA:**

DR. EDUARDO RAMÓN ZAPATA

BUENOS AIRES, REPÚBLICA ARGENTINA

JUNIO 2003

TRANSPORTE Y DISTRIBUCIÓN DEL GAS NATURAL EN LA
REPUBLICA ARGENTINA: UNA EXPERIENCIA RECIENTE EN
MATERIA DE PRIVATIZACION Y CREACIÓN DE NUEVOS
MARCOS REGULATORIOS.

NOTA PRELIMINAR: EL CASO ARGENTINO

El presente informe presenta la situación de la Industria Regulada del Gas Natural Argentino, y tiene el carácter coyuntural de su situación relativa respecto del tiempo de su redacción.

Por tal razón los hechos, circunstancias y valoraciones aquí realizadas deberán ser apreciadas conforme la permanencia de los hechos y normas que enmarcan su existencia y acontecer.

INDICE

MARCO REGULATORIO DE LA ACTIVIDAD

CAPITULO I

INTRODUCCION

ANTECEDENTES HISTORICOS ARGENTINOS

REGIMEN VIGENTE HASTA 1992

TRANSPORTE Y DISTRIBUCION - EL MONOPOLIO ESTATAL

PRIVATIZACION DE GAS DEL ESTADO

CAPITULO II

LEY N° 24076

**ANTECEDENTES: PRIVATIZACION DE GAS DEL ESTADO
NUEVA ESTRUCTURA DE LA INDUSTRIA
DECRETO REGLAMENTARIO DE LA LEY
LOS CONTRATOS DE LICENCIA**

CAPITULO III

MARCO REGULATORIO DE LA ACTIVIDAD

ESTRUCTURA DE LA LEY N° 24076 - POLITICA GENERAL -

OBJETIVOS:

TRANSPORTE Y DISTRIBUCION: NORMAS COMUNES -

SUJETOS

PRESTACION DE LOS SERVICIOS: NORMAS Y

LIMITACIONES

REGIMEN DE TARIFAS: LIMITES Y GARANTIAS -

MODIFICACIONES PERIODICAS

CAPITULO IV

AUTORIDAD REGULATORIA

ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS: FORMA JURIDICA

MISION Y FUNCIONES - FACULTADES

DESIGNACION DE AUTORIDADES

PROCEDIMIENTO Y CONTROL JURISDICCIONAL

CAPITULO V

SITUACION ACTUAL

RESUMEN DE LOS ACONTECIMIENTOS RECIENTES - GRADO

DE AFECTACION DEL SECTOR POR MEDIDAS ECONOMICAS

GENERALES - RESULTADOS, PERSPECTIVAS Y

CONCLUSIONES.

CAPITULO I

INTRODUCCIÓN

ECONOMIA DE LA REPUBLICA ARGENTINA

SECTOR DEL GAS NATURAL

VISION GENERAL

Los procesos de regulación energética involucran - de una manera u otra - a todas las actividades de ese sector en un país dado.

No comprende solamente a las actividades que se caracterizan por constituir monopolios naturales -como el transporte troncal - sino también a aquellas donde la mayoría de los usuarios resultan cautivos, como en las actividades de Distribución.

Por ello, las relaciones y vínculos de estos segmentos de la actividad regulada con las actividades de producción de hidrocarburos,(exploración, producción, captación, almacenamiento, tratamiento) y el sistema de transporte por grandes ductos, no pueden ser soslayados.

Dado que el caso argentino es reciente - no más de diez años- aún se halla en proceso de maduración y consolidación, no obstante todos los progresos realizados en esa dirección.

Es relevante, entonces, el análisis de las interrelaciones de ciertos aspectos, cuestiones, conflictos y problemas surgidos como consecuencia de la aplicación de los Marcos Regulatorios, y de sus posibles soluciones, así como la interpretación del alcance y sentido de ciertas reglas y procedimientos usuales, con la apreciación del punto de vista de los consumidores, prestadores regulados y del interés público general.

Es decir, que el presente informe no representa una visión parcial del Sector Regulado de la Economía Nacional, sino que intenta lograr una visión omnicomprendensiva y abarcadora de la totalidad de las cuestiones relacionadas con la Regulación.

Estructura del Sector Gas Natural de la Economía Nacional:

- ❖ El gas natural constituye en la República Argentina un componente clave del sector energético nacional.

En los últimos años, esta fuente energética ha experimentado un aumento significativo en su participación del mercado de la energía total del país y representó aproximadamente el 49% del consumo nacional de energía en el año 2002.

No obstante, el consumo per capita es aún menor que la mitad del de Estados Unidos y Europa.

- ❖ La alta penetración del gas natural fué la consecuencia del descubrimiento de grandes reservas en tres cuencas productoras de la Republica Argentina, la Noroeste, Neuquina y Austral, así como de la construcción de una estructura troncal de transporte que cubre gran parte del país abasteciendo adecuadamente los mercados de consumo del país.

❖ **EL SISTEMA DE GAS argentino es el más extendido y desarrollado en Sudamérica.**

Operó, hasta su privatización, como una única unidad de negocios (transporte y distribución).

En materia de Exploración y Producción de Hidrocarburos, Gas del Estado (la empresa estatal Argentina que operaba el sistema) no tenía inversiones relacionadas a dichos segmentos de la Industria sino que compraba el gas natural proveniente de las cuencas productoras a la única empresa productora (YPF también Estatal y Monopolica) hoy reconvertida en una Empresa Privada luego del proceso de su Privatización.

Transporte y distribución

❖ **El sistema de Transporte y Distribución del Gas Natural, incluye gasoductos principales y secundarios así como toda la red de distribución domiciliaria que brinda el servicio a los usuarios finales (desde los City Gate hasta los medidores de servicio de cada usuario).**

- ❖ El sistema tiene también gasoductos secundarios y redes de distribución que fueron transferidas a las diferentes unidades de negocios luego de la privatización y que llegan a:

.Longitud de los gasoductos de Distribución	9.800
km	
.Longitud de las Redes de Distribución	50.000
km	

División del sistema de distribución de Gas del Estado:

- ❖ El sistema de distribución de Gas del Estado fue dividido para su privatización en nueve zonas regionales de distribución. Para su abastecimiento y operación se constituyeron empresas operadoras que tienen por objeto el servicio de transporte y distribución para abastecer cada zona.
- ❖ Las acciones de cada una de las Empresas de Transporte y Distribución, constituidas por el Estado Nacional, fueron

vendidas en licitación pública a consorcios de accionistas privados, que debían incorporar a los respectivos consorcios adjudicatarios un Operador Internacional de reconocida solvencia y experiencia en la prestación de servicios similares a los solicitados por el Gobierno Argentino.

Tarifas

- ❖ La Ley del Gas y sus Normas Reglamentarias, que aprueban las Licencias otorgadas a las Empresas adjudicatarias de los respectivos Concursos Internacionales, regulan los principios que rigen el sistema tarifario de los servicios a prestar por las empresas Licenciatarias.
- ❖ Asimismo, esas normas establecen lo relativo a su sistema de cálculo, condiciones de su aplicación, criterios para la fijación de los niveles y garantías para los prestadores.
- ❖ El criterio básico para la fijación de las tarifas se halla determinado por la sumatoria de factores de costo, expresamente nominados en la ley, y con un sistema de price cap para su futura evolución:
Estos factores son:

- a) El costo del gas comprado en el punto de ingreso al sistema de transporte.(Gas en boca de pozo)
 - b) El costo del transporte que la empresa de distribución paga a la empresa transportadora, el que también es regulado y controlado por el ENARGAS.
 - c) Margen de distribución.
 - d) Los impuestos que gravan los servicios.
-
- ❖ El nivel tarifario fijado, acorde lo previsto en el Marco Regulatorio, debe ser suficiente como para permitir a las empresas Prestadoras del Servicio, lograr un retorno razonable sobre el capital invertido, comparable con el de empresas con niveles de riesgo similares, al tiempo de asegurarles una utilidad adicional por el mejoramiento de los niveles de eficiencia de la prestación.

 - ❖ En la matriz energética argentina se prevé que la participación del gas natural continúe incrementándose con una tasa promedio del 2% anual acumulativo hasta el año 2016. Este es un crecimiento relativo menor que el

experimentado durante la última década que ascendió a una tasa promedio de 3.3% anual acumulativo entre 1990 y 1999.

❖ Las reservas de gas del país, con una relación reservas/producción de 19 años, exceden - a una tasa de consumo actual - la duración del período considerado hasta 2016. Esta relación de consumo vs. Producción se ha mantenido constante durante los últimos 10 años con valores de la misma magnitud, con lo que puede concluirse que el país estará adecuadamente abastecido en ese lapso.

❖ *El gas natural entonces, tanto por las tendencias del consumo como por la cuantía de las reservas, posee un rol estratégico en el abastecimiento energético y crecimiento económico de la Argentina.*

❖ *CUESTIONES ADICIONALES: LAS EXPORTACIONES.-*

❖ Durante la última década se construyeron gasoductos de exportación de gas natural hacia los países vecinos del MERCOSUR.

- ❖ Siete gasoductos para exportaciones a la República de Chile; dos a la República Oriental del Uruguay y uno a la República Federativa del Brasil constituyen la principal demostración de la nueva política de la Nación en la materia.

- ❖ La posibilidad de exportar gas natural ofrece a los productores un atractivo potencial para aumentar los niveles de producción por encima de los niveles de crecimiento de la demanda en la Argentina. Asimismo, los transportistas de gas están bien posicionados para beneficiarse con los variados requerimientos de transporte de tales flujos.

PRIMEROS RESULTADOS:

- ❖ Luego de más de una década de significativas inversiones en infraestructura y mejoramiento de los sistemas operativos, los productores, transportadores y distribuidores de gas se hallan en condiciones de lograr niveles adecuados de eficiencia en las inversiones proyectadas y continuar incrementando los volúmenes de producción esperados.

Además, poseen las condiciones necesarias para lograr un destacado nivel de eficiencia en la prestación de los servicios relacionados al consumo con una estructura de precios competitivos a nivel internacional.

LA SITUACIÓN DEL MERCADO RESIDENCIAL:

❖ La actual penetración de gas en la Ciudad de Buenos Aires, Gran Buenos Aires y principales ciudades del interior del país es relativamente alta.

Pero en muchas regiones de la Argentina es comparativamente baja. Cerca del 45% de los hogares argentinos no tienen acceso al servicio de gas natural, por ello existe un mercado sin desarrollar relacionado con la demanda residencial.

EL GAS NATURAL COMO COMBUSTIBLE VEHICULAR:

❖ Con relación al gas natural como combustible (GNC y GLP) la República Argentina posee la dotación vehicular que utiliza el gas natural como combustible más importante del mundo (700.000 vehículos convertidos a GNC en el año 2002) así

como la mas extensa red de estaciones expendedoras de GNC.

Todo ello resulta favorecido por la diferencia de precios existente respecto de los combustibles líquidos, lo que nos permite avizorar una tasa de crecimiento constante para los próximos diez años.

- ❖ Además de ello, aparece como un objetivo estratégico en este sector de la economía Nacional el diseño de políticas - públicas y privadas - para favorecer y posibilitar una ordenada incorporación de este combustible a los vehículos de transporte público de pasajeros, transporte pesado y flotas cautivas.

**ANTECEDENTES HISTORICOS ARGENTINOS
REGIMEN VIGENTE HASTA 1992
TRANSPORTE Y DISTRIBUCION - EL MONOPOLIO ESTATAL
PRIVATIZACION DE GAS DEL ESTADO.**

1. Reseña de antecedentes:

El downstream en Argentina antes de la privatización.

Antes de analizar los aspectos Regulatorios del Transporte y Distribución del gas natural en la República Argentina, se efectúa una breve reseña de los antecedentes que determinaron al dictado del Marco Regulatorio y a la

privatización total de la empresa Gas del Estado SE, (GdE S.E.) que con diferentes formas jurídicas y empresarias actuaba en la República Argentina desde los años cuarenta.

Durante más de cincuenta años, esta empresa estatal había monopolizado las actividades arriba mencionadas y con gran influencia en el dictado de políticas, la planificación y el desarrollo de la industria del gas natural, además de intervenir en la regulación técnica, legal y económica de la industria.

Cabe recordar que la producción de hidrocarburos estaba en manos de la Empresa Estatal y monopólica, Yacimientos Petrolíferos Fiscales (Y.P.F.), y su actividad se regía por diferentes normas nacionales siendo necesario destacar como la mas completa y ordenada la Ley de Hidrocarburos N° 17.319, hoy parcialmente vigente.

Esta separación histórica y de intereses entre la producción del gas natural, a cargo de YPF, y su transporte y distribución por Gas del Estado, no debe perderse de vista ya que influyó en la concepción del proceso regulatorio actual de la industria del gas natural.

A partir del gobierno surgido en 1989, la situación del sector energético argentino, incluyendo los hidrocarburos, fue motivo de un intenso proceso de debate ante declaraciones

políticas y proyectos que procuraban un cambio estructural, en el marco de las políticas fijadas por las normas jurídicas emanadas del Congreso Nacional y los Decretos del Poder Ejecutivo Nacional.

Este conjunto normativo tenía como objetivo alcanzar la desregulación jurídica y desmonopolización económica en la industria de los hidrocarburos a fin de aumentar el grado de competencia en los mercados, mediante la libre disposición de los productos, su libre exportación e importación, promover la incorporación del capital privado nacional y extranjero en las distintas etapas del negocio del petróleo y el gas natural, reordenando y racionalizando a las grandes empresas estatales.

La Ley de Emergencia Económica y Reforma del Estado N° 23.696/89, otorgó al Gobierno Nacional las herramientas necesarias para llevar adelante esta notable tarea de cambio estructural.

El Anexo I del mencionado instrumento legal, ordenaba la privatización de las redes de distribución y comercialización de gas natural, bajo la forma de concesión de obras y servicios públicos, criterio que se ratificó por Decreto N° 2074/90.

La privatización de los servicios de transporte y distribución de gas natural exigía la reestructuración de GDE SE, de acuerdo a

los lineamientos de los decretos mencionados de desregulación de la industria de los hidrocarburos. Este proceso procuraba la transformación de un sistema cerrado, de empresas públicas y monopólicas, a un sistema abierto que privilegiaba la participación privada y una mayor competencia basada en la eficiencia y eficacia de la prestación de los servicios.

El Decreto 48 del 7 de enero de 1991, aprobó los lineamientos del Plan Estratégico para la reestructuración de Gas del Estado S. E. basado en el informe final de la consultora Mc Kinsey Co (29/ XI/ 90).

Coincidiendo con las conclusiones de la Consultora se decidió separar las funciones de transporte, distribución y comercialización del gas natural, que por las particularidades propias de la industria constituían un monopolio natural, y regular intensamente los segmentos del Transporte y Distribución.

De allí entonces, que se estableció la perentoriedad de avanzar en la definición del marco regulatorio, incluyendo la formación de un Ente Regulador Federal (art. 4° y 7° del Decreto 48/91).

Por otra parte, el marco regulatorio requería ser aprobado por el Ministerio de Economía, a través de la Subsecretaría de Energía, antes de ser elevado al Poder Legislativo, para ser sancionado como ley de la Nación.

Como en el plan estratégico diseñado para Gas del Estado S.E., se recomendaba la privatización total de los servicios de distribución así como del sistema de gasoductos troncales y ambas actividades -como se dijo - debían regularse, el art. 4º señalaba que el marco regulatorio debía ser aprobado previo llamado a licitación o concurso de proyectos integrales. Pero para ello era necesario elaborar y concluir los pliegos entre cuyas condiciones estaba explicitar los contenidos del marco regulatorio.

Otra condición previa al proceso licitatorio era dar cumplimiento a la tasación del valor de los bienes y activos netos a transferir al que se le asignaba el rol de estimación oficial (art. 19 de la Ley 23.696/89). La misma fue efectuada por el Banco de la Nación Argentina.

Por el artículo 9º del Decreto 48/91 se establecían una serie de pautas a las que se ajustaría el proceso de privatización de los sistemas de distribución y transporte,

algunas de las cuales se recogen después en el marco regulatorio final (Ley N° 24076, mayo 20, 1992).

Aunque el modelo de concesión no estaba claramente definido este tenía el carácter de oneroso, debiendo determinarse los cánones en función de los márgenes de explotación de cada uno de los sistemas regionales de distribución, comercialización y transporte.

Los pliegos de bases y condiciones debían definir las inversiones mínimas de mantenimiento y desarrollo para garantizar la efectiva y eficiente prestación del servicio público. El plazo de duración de las concesiones se fijaba en 45 años.

La consultora recomendaba también una revisión significativa de los precios del gas al consumidor - que estaban fijados políticamente- y de su estructura, a fin de hacer más atractivo el llamado y elevar los montos de los cánones a cotizar por los oferentes.

Llamaba la atención sobre la existencia de problemas en la oferta de gas, por falta de incentivos a la exploración y la existencia de precios regulados.

La preocupación por una estructura poco proclive a la competencia y la posible influencia de unos pocos productores en

la formación de los precios en boca de pozo, cuando la actividad se desregulare, quedaba manifiestamente expuesta

Para facilitar una mejor elección en el transporte la consultora analizó tres sistemas alternativos de configuración de dominio y operación de los gasoductos troncales. Uno con solo dos sistemas (Norte y Centro-Oeste; Sur y Neuba) que facilitaría la coordinación de las actividades de despacho y asegurarían un mayor valor (del negocio)facilitando el proceso de atracción de inversores Internacionales. Esta posibilidad fue la que en definitiva se adoptó para el caso Argentino.

En todos los casos se introducía la exigencia de implementación del acceso abierto a terceros y la adopción de criterios económicos racionales en la fijación de la tarifas.

En cuanto a las compañías de distribución se recomendaba subdividir las Áreas más grandes para obtener un mayor grado de competencia regional por superficie de mercado. Así la competencia por comparación podría ser introducida más fácilmente.

En cuanto al tiempo y etapas para iniciar el sistema, se optó por definir un período de transición (por un año a partir del 1 de enero de 1991, extensible por uno más, como máximo) en que los precios en ambos extremos del sistema (boca de pozo y

consumidor) serían regulados por el Ministerio de Economía, al igual que las tarifas de transporte y distribución. Por el artículo 8° del Decreto 48/91, se establecía "que al finalizar el período de transición se desregularán los precios del gas natural a los usuarios finales, quedando sujeta la desregulación de precios de los productores a la existencia de múltiples oferentes en condiciones de oferta más competitiva que las actuales".

EL SUPUESTO ERA QUE LOS CAMBIOS PRODUCIDOS EN EL SECTOR, COMO LA PRIVATIZACIÓN DE YPF, A ESA FECHA YA INICIADA, Y LA VENTA DE ÁREAS MARGINALES (Y DESPUÉS DE ALGUNAS CENTRALES) Y LA LIBERALIZACIÓN DE LOS PRECIOS AL USUARIO FINAL, SERÍAN SUFICIENTES PARA ATENUAR LA POSICIÓN DE LA EMPRESA DOMINANTE, O UN CAMBIO EN EL COMPORTAMIENTO DE LAS OTRAS EMPRESAS PETROLERAS NO VINCULADOS A YPF O ENTRE SÍ.

La figura de la concesión no era bien vista en Argentina y a ello se unía el riesgo de que algún gobierno posterior intentara anularlos (poco probable) o la recreación de empresas con intervención de capitales públicos, especialmente en ciertas provincias.

De allí que el nuevo estudio técnico-económico encargado a Stone & Webster/ Pistrelli, Díaz y Asociados , recomendó el cambio del modelo de la concesión por el de licencia, donde la titularidad de la propiedad de los activos (a transferir) y la exclusividad del servicio (con algunas restricciones) constituían los elementos esenciales de la nueva organización. Esta solución fue anteriormente aplicada a las privatizaciones del Sector Eléctrico, por lo que no constituía una novedad.

En cuanto a la constitución de empresas Distribuidoras, recomendaron la formación de solo ocho distribuidoras y por lo menos dos transportadoras, con las implicancias que en términos de competitividad ya se han manifestado.

La separación de actividades (desintegración vertical y horizontal), el acceso abierto a terceros, la no discriminación, el evitar subsidios cruzados entre usuarios, la obtención de un permanente y delicado equilibrio entre la necesidad de obtener tarifas "justas y razonables" para todos los servicios y usuarios (un ejercicio nada fácil) con precios que aseguraran cierta rentabilidad a las empresas compatibles con su exposición al riesgo al mismo tiempo que protegieran los intereses de los consumidores, son aspectos que se discutieron y analizaron largamente.

En este nuevo esquema el Estado desaparece como empresario y planificador, para pasar a desempeñar el rol Regulador en todos aquellos casos en que se hace necesaria la defensa de los usuarios cautivos, la promoción y simulación de la competencia y la solución de conflictos entre los sujetos activos de la industria.

Ello, sin olvidar que la "rentabilidad razonable", que siempre aparece en los textos regulatorios, es una condición indispensable para la continuidad de la actividad y un mayor desarrollo futuro con la incorporación del capital de riesgo.

CUATRO MESES DESPUÉS DEL DECRETO N° 48/91, SE DAN A CONOCER LOS DECRETOS N° 633 Y 634 DEL 12 DE ABRIL DE 1991, POR LOS QUE EL PODER EJECUTIVO NACIONAL, ORDENA LA REESTRUCTURACIÓN DE LA INDUSTRIA DEL GAS NATURAL Y LA RECONVERSIÓN DEL SECTOR ELÉCTRICO, RESPECTIVAMENTE.

Atendiendo a la premura en cumplir con el programa de privatización y concesión de un numeroso grupo de empresas estatales, el Poder Ejecutivo Nacional, fijó como plazo máximo para la adjudicación y firma de los contratos con las empresas

privadas, el 31 de diciembre de 1992. Para ello concedió a la Autoridad de Aplicación (MEOSP) amplios poderes y discrecionalidad para aprobar los reglamentos, pliegos de bases y condiciones generales y particulares, definir las unidades de negocio, revisar tarifas, llamar a licitación internacional, aprobar los estatutos de las sociedades prestadoras (Licenciatarias) y las inversoras, recibir y evaluar, con la participación del Comité de Privatizaciones, las ofertas y decidir sobre las mismas.

CAPITULO II

LEY DE LA 24.076: DECRETO REGLAMENTARIO DE LA LEY

NUEVA ESTRUCTURA DE LA INDUSTRIA:

Considerando que la Ley N° 24076, que establece el Marco Regulatorio de la industria del gas natural y el régimen de

privatización de GdE.SE (que le es indisolublemente vinculado) recién pudo ser sancionada el 20 de mayo de 1992 y promulgada parcialmente (por Res. N° 885/ 92 MEOSP el 9 de junio del mismo año), la ímproba y delicada tarea que faltaba tuvo que llevarse a cabo en seis meses para satisfacer la meta final establecida.

El rompecabezas se fue armando por piezas. De allí que se tuvo que adelantar la reglamentación de los artículos 76 y 77 (de la Ley 24076) a fin de definir las unidades de negocios en que se dividirían los bienes de la GdE.SE afectados al transporte y distribución del gas natural y disponer la constitución y aprobación de los modelos de estatutos de las sociedades a las cuales se les otorgaría las habilitaciones (licencia o concesión) para la prestación del servicio público de transporte y distribución de gas natural. A estas sociedades se les transferirían los bienes correspondientes a cada unidad de negocio (Decreto N° 1189, 10 de julio de 1992). Este mismo cuerpo legal reglamenta las pautas bajo las cuales GdE.SE finalmente se privatiza en forma total.

Contrariando las sugerencias de las consultoras, pero utilizando parecidos argumentos de mayor competitividad y calidad de las prestaciones, se decide que los servicios de

transporte de gas natural se llevarán a cabo sobre la base de adjudicación de (sólo) dos sistemas de gasoductos troncales integrados, en tanto que las plantas de líquido y GLP se transfieren a sociedades controladas por las mismas transportadoras (Art. 2 Decreto 1189/ 92).

De manera similar la Capital Federal y el Gran Buenos Aires se separan en dos áreas (descriptas en el Anexo II del Decreto) a los fines de conformar las unidades de distribución de gas natural y es asignada a otras tantas sociedades, que al igual que las anteriores se constituye por disposición del art 4° (Decreto 1189/ 92).

En cuanto a las privatizaciones de bienes de GdE SE. afectados a los servicios de distribución de gas natural, en el resto del país, se resuelve en seis áreas de adjudicación, varias de las cuáles no solo abarcan provincias enteras, sino partidos o departamentos de otras jurisdicciones mayores (art. 3° y Anexo III). En el caso de las distribuidoras lo que primó no fueron los límites políticos y/o los derivados de la negociación con las provincias para definir las áreas, sino la formación de unidades de negocios técnica y económicamente más viables, pero de muy diferentes magnitud y potencial de ventas.

Para las dos Transportadoras (Gas del Sur SA y Gas del Norte SA) y tres Distribuidoras (Metropolitana SA (actual Metrogas S.A.), Buenos Aires Norte SA y Pampeana SA) la participación ofrecida es del 70%.

En el caso de las Distribuidoras de Gas del Noroeste S A, Centro SA y Gas del Sur SA, llega al 90%, en tanto que en Cuyo SA es del 60%. Como es conocido, todas estas privatizaciones dan lugar a la afectación de un porcentaje variable del paquete accionario de las sociedades para ser destinadas a cumplir con el Programa de Propiedad Participada (PPP) y el resto queda en posesión del Estado Nacional (MEOSP).

Una vez cumplidas las etapas descriptas, por el Decreto N° 1738 del 18 de septiembre de 1992, se reglamentó la Ley N° 24076 creando el marco regulatorio que allí se acompaña - como Anexo I

Además, determina que todos los subsidios referentes al precio del gas natural otorgadas con anterioridad, cesaban a partir de inicios de 1993. En los "considerandos" del aludido decreto señala "que los subsidios o privilegios que el Estado decida otorgar a determinadas personas o regiones por razones de

interés general deberán ser explícitos, estar limitados en el tiempo y contar con los recursos correspondientes en la Ley de Presupuesto de la Nación, sin que su costo afecte al buen funcionamiento de la industria del gas natural”.

El Decreto N° 2255/92 también se aprueba el modelo de licencia de transporte y el de distribución de gas como Anexos “A” y “B” respectivamente, incluyendo los correspondientes sub-anexos I (Reglas Básicas), II (Reglamento del Servicio) y III (Tarifas).

Cabe hacer notar que la licencia, las reglas básicas y el reglamento del servicio son específicos a cada tipo de servicio (transporte o distribución) y por ello de extrema importancia operativa, administrativa y regulatoria.

Junto con la Ley N° 24076 y los Decretos 1738/92 y 2255/92, el Pliego de Bases y Condiciones y el Contrato de Adjudicación, constituyen las normativas a las que deben atenerse las empresas adjudicatarias.

A ello se agregará la acción reglamentaria y permanente del ENTE REGULADOR (ENARGAS), en cuanto las modifica, interpreta y resuelve los conflictos entre los distintos sujetos de la industria, sentando jurisprudencia al respecto.

La reestructuración de la Industria del gas natural “persigue como objetivos el aumento en eficiencia de las actividades de producción, transporte y distribución, garantizar que los beneficios se trasladen al consumidor e incentiven la participación del capital privado de riesgo, asegure un proceso organizado, basado en condiciones competitivas e igualitarias en las distintas etapas de la reestructuración y fije el rol del Estado en su carácter de regulador de la operación y desarrollo de la industria gasífera y sus mercados” (art. 1 del Decreto 633)

Distingue (por el art. 2º) la formación de dos mercados que funcionarán a niveles mayorista y minorista. Al primero, corresponden las transacciones entre productores y distribuidores y entre productores y grandes usuarios; en tanto que en el segundo se llevarían a cabo las transacciones entre los distribuidores y los clientes cautivos en su respectiva área de especialización. Por el artículo 3º se señalaba que la regulación alcanzará (sólo) a las transacciones del mercado minorista y a los servicios de transportes prestado por las redes troncales. Estos servicios funcionarán en condiciones de acceso abierto con prohibición de realizar compra-venta de gas.

Adviértase que las especificaciones del artículo 2° y 3° colocan al transportista sólo como el prestador del servicio, que los contratos de compra de gas serán efectuados vía distribuidores o grandes usuarios y en forma directa con los productores.

Aquí queda de manifiesto la figura del by-pass comercial. "Las tarifas que se apliquen al transporte y a la distribución del gas natural serán fijadas de acuerdo a la metodología que se establezca en el marco regulatorio. Cumplido el período de transición, las transacciones y precios que se den en el mercado mayorista serán totalmente libres, con la salvedad de estar sujetos a publicidad". La autoridad competente (SE) podrá llegar a regular las transacciones y precios de dicho mercado, si comprobara prácticas monopólicas o discriminatorias en su accionar:

El Ministerio de Economía debía elaborar en treinta días un proyecto de ley para ser llevado al Congreso "estableciendo el marco regulatorio que contendría el régimen técnico, económico, tarifario y legal, como asimismo los procedimientos de control que se aplicarán a la industria del gas natural. El Ente Regulador será la autoridad competente que actuará como órgano autárquico del Poder Ejecutivo".

El Decreto fijaba igualmente el rol de los productores, los transportistas y los distribuidores (arts. 6,7 y 8). Respecto del primero, el Ministerio de Economía se comprometía a acelerar los planes y programas de exploración , producción y transformación de la industria del gas natural con vistas a que en este nivel del proceso productivo” se den condiciones de numerosos oferentes, que faciliten la competencia y garanticen precios libres, de eficiencia en el mercado mayorista”.

Los transportistas “cumplirán el servicio de transporte público en condiciones de “acceso abierto” desde los yacimientos o salida de plantas de tratamiento de los productores hasta los city gates o punto de entrega a usuarios. Este segmento estará regulado por el Ente Regulador con el criterio legal de que “ las tarifas de transporte cubrirán estrictamente costos y una razonable ganancia”.

A los distribuidores se les asignaba franjas de mercado. “Las tarifas deberán adecuarse a las metodologías de costos y asignaciones entre modalidades de consumo que se establezcan... y obligatoriamente trasladarán a los usuarios la participación en las economías originados en la mayor productividad, que deberán comprometerse a realizar bajo control del Ente Regulador”. Aquí se observa claramente un

principio de regulación por incentivos y el antecedente del factor de eficiencia X que regirá para las revisiones tarifarias de cada cinco años.

Finalmente establecía por el artículo 10° un período de transición (en condiciones económicas y precios) "hasta que garanticen la competencia en el mercado mayorista".

La operación del despacho centralizado del sistema estaría bajo la responsabilidad de las Transportistas bajo el estricto control del Ente Regulador.

CAPITULO III

ESTRUCTURA DE LA LEY 24.076 - POLITICA GENERAL -
OBJETIVOS DE LA LEY. TRANSPORTE Y DISTRIBUCION:
NORMAS COMUNES - SUJETOS. PRESTACION DE LOS
SERVICIOS: NORMAS Y LIMITACIONES. REGIMEN DE
TARIFAS: LIMITES Y GARANTIAS. MODIFICACIONES
PERIODICAS

V- Marco Regulatorio

Reseña histórica. Antecedentes.

El régimen legal que sostiene la actividad gasífera en la Argentina tiene un largo recorrido que comienza en el siglo pasado y cuyas variaciones obedecieron tanto a las políticas gubernamentales como a la importancia que fueron cobrando en la vida económica mundial y nacional.

El primer antecedente jurídico se remite a 1887 cuando fue sancionado el Código de Minería. Los hidrocarburos líquidos

y gaseosos carentes -entonces- de significado económico (predominio absoluto del carbón) no merecieron en dicho Código un tratamiento específico, pero implícitamente los incluye entre los minerales de primera categoría, es decir, que su concesión era obligatoria para el Estado en favor del peticionante prioritario que cumpliera los requisitos, los derechos de explotación se otorgaban por tiempo indeterminado.

El descubrimiento del yacimiento de Comodoro Rivadavia, hizo que el presidente Figueroa Alcorta en 1907 instituyera una reserva estatal sobre el área, invocando disposiciones de la Ley de Tierras N° 4.167. De esta manera, contravenía al mismo Código de Minería que vedaba la explotación de minas por el Estado.

Hasta 1935 en que sanciona la Ley 12.161, la explotación de los yacimientos de hidrocarburos responde a una doble modalidad. Por un lado, el Estado -tanto nacional como provinciales- realizan sucesivas reservas de zonas en favor de lo que luego pasó a ser Yacimientos Petrolíferos Fiscales y por otro, los particulares que en función del Código de Minería poseían concesiones por tiempo indeterminado.

La Ley N° 12.161 estableció plazos para las concesiones y dio un sistema normativo para los yacimientos de hidrocarburos fluidos.

En el año 1958 se dictó el decreto N° 933 por el cual se autorizó a YPF a celebrar contratos de locación de obra y servicios con lo cual el capital privado amplió e intensificó la actividad de la petrolera estatal.

La Ley N° 14.773 sancionada en 1958 declaró de dominio nacional los yacimientos de hidrocarburos desplazando hacia las empresas estatales las actividades de exploración y explotación y prohibiendo la asignación de concesiones.

En 1967 se sancionó la Ley N° 17.319 que fijó pautas referidas a Reconocimientos Superficiales, Permisos de Exportación, Concesiones de Explotación y Transportes, etc. Muchas de las cuales son aún hoy de aplicación ya que dicha norma es considerada: La Ley de Hidrocarburos.

En la década del 80 comenzó el proceso de transformación por el cual el Estado pasó de un rol protagónico absoluto en materia de explotación de hidrocarburos a ejercer un papel de controles y fiscalización.

Los decretos N° 1443 del 5/8/85 y N° 623 del 23/4/87 dieron lugar al denominado Plan Houston con el objeto de

promover la exploración y explotación de hidrocarburos por parte de capitales privados nacionales y extranjeros.

23.696

La Ley de Reforma del Estado, sancionada en agosto de 1989 (N°23696) declaró en estado de emergencia la prestación de los servicios públicos, la ejecución de los contratos a cargo del sector público y la situación económico-financiera de la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada incluyendo a las sociedades del Estado empresas del Estado y todo otro ente en el que el Estado Nacional tuviere participación total o mayoritaria de capital.

Dicha Ley conjuntamente con la Emergencia Económica (N° 23.697) constituyen el punto de partida para la privatización de la Industria de Gas.

A partir de allí se dispuso la intervención de todos los organismos, incluyendo YPF y Gas del Estado, ambas por entonces, Sociedades del Estado.

La Ley facultó al Poder Ejecutivo Nacional a transformar la forma jurídica de estas empresas y organismos.

Para YPF y Gas del Estado se contempló la privatización en forma parcial, esta es para YPF la concesión, asociación y/o contratos de locación en áreas de exploración y explotación y para Gas del Estado la concesión de los servicios de distribución y comercialización.

No obstante, el Poder Ejecutivo Nacional podría declarar "Sujeto a Privatización" a estas empresas, debiendo contar con la aprobación del Congreso de la Nación.

1.055/89

Con el objeto de aumentar la producción de hidrocarburos líquidos y gaseosos en los yacimientos operados por YPF, el 10 de octubre de 1989 se dictó el decreto N° 1055 mediante el cual se reglamentaron algunos artículos de la ley de Reforma del Estado (23.696) y de la Ley de Hidrocarburos (17.319).

A través de este decreto, las Areas de Interés Secundario pasaron de YPF al Estado nacional para luego convocar a Concurso Público Internacional y adjudicar éstas para su exploración, desarrollo y explotación, pudiendo participar las provincias productoras de hidrocarburos.

1.212/89

En noviembre de 1989 se decreta la Desregulación Petrolera (1212/89) para establecer un conjunto de reglas tendientes a sustituir en forma progresiva la intervención del Estado y dar lugar a los mecanismos de asignación del mercado, en igualdad de condiciones, a través de la libre disponibilidad del petróleo y sus derivados.

Además, propendía a que los precios de los hidrocarburos de origen nacional reflejen los valores internacionales.

La transformación de YPF, por entonces aún Sociedad del Estado en una empresa mixta, fue también objetivo del decreto. Para ello se otorgó mayor autonomía para optimizar su funcionamiento en base a eficiencia y competitividad en igualdad con las empresas privadas.

Hasta fines de 1990, la Secretaría de Energía seguirá asignando las cuotas de crudo. A partir de allí se pasó a la libre disponibilidad.

El precio del gas natural tanto para usuarios como para productores sería fijado mensualmente por la Secretaría de Energía hasta que se generen condiciones de mercado de múltiples referentes. La metodología a emplear para determinar

el precio al producto sería mediante la base del "net back" con costos de transporte y acondicionamientos basados en valores internacionales. Mientras que el precio para los usuarios residenciales surgía de la sumatoria del precio al productor más los costos de acondicionamiento, transporte y distribución; contemplándose la posibilidad de otorgar subsidios explícitos con cargo a Rentas Generales para aquellos lugares donde fuera menester un menor precio.

1.589/89

El decreto N° 1589 del 27 de diciembre de 1989 trasladó a los contratos provenientes del "plan Houston" el principio de libre disponibilidad.

No obstante la preferencia de compra de gas quedó para Gas del Estado quién debía para ello alcanzar acuerdos con los productores.

En el caso de aplicarse restricciones a la libre disponibilidad del gas, se estableció un precio mínimo equivalente al 35% del precio internacional del metro cúbico de petróleo

Arabian Light de 34° API por cada mil metros cúbicos de gas natural de 9300 kilocalorías.

2.778/90

Con el objeto de transformar a YPF en una empresa competitiva para operar en un mercado desregulado y desmonopolizado, la autoridad pública consideró necesario asegurar autonomía empresarial en su gestión, liberándola de las restricciones y limitaciones y dotándola así de una estructura jurídica propia del derecho privado. A estos efectos, a partir del primero de enero de 1991, y por el decreto N° 2.778/90, YPF pasó a ser Sociedad Anónima de capital abierto donde podrían participar el capital estatal junto con el capital privado, cotizando en la bolsa de valores procurando una mayor apertura e integración privada en el capital.

1.189/92

El 10 de julio de 1992 se decretó la privatización total de Gas del Estado.

Sobre la base de lo establecido en la Ley 24076 se dispuso que la privatización del servicio de transporte y

distribución de gas natural se lleve a cabo mediante la adjudicación por áreas.

De tal forma se dispuso la constitución de dos sociedades: de transporte y 8 de distribución.

Se aprobaron los modelos de estatutos para estas sociedades. Se facultó al Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos a aprobar los límites precisos de las áreas de prestación de servicios, asignar los respectivos activos y pasivos a cada una de las sociedades creadas y otorgarles "ad referendum" del Poder Ejecutivo Nacional las habilitaciones para la prestación del servicio.

Las sociedades constituídas se privatizarían mediante la venta en licitación pública con etapa de precalificación del porcentaje mayoritario de las acciones pudiéndose utilizar títulos de la deuda pública argentina para el pago.

Las acciones restantes, a excepción del porcentaje correspondiente al programa de Propiedades Participadas, quedarían para ser vendidas en los mercados de capitales con posterioridad al cumplimiento de los contratos de transferencia de los paquetes mayoritarios.

874/92

El 20 de julio de 1992 y acorde con el decreto anterior se llama a licitación pública internacional para la privatización de Gas del Estado, estableciéndose el pliego de Bases y Condiciones y los respectivos porcentajes de acciones (capital y votos) para cada una de las sociedades licenciatarias sujetas a compraventa.

1738/92

El decreto N° 1.738 del 18 de septiembre de 1992 reglamentó la Ley 24.076 regulatoria del transporte y distribución de gas natural.

24.145

La llamada Federalización de los Hidrocarburos fue dada el 13 de octubre de 1992 al promulgarse la Ley N° 24.145.

Mediante esta Ley se transfirió el dominio público de los yacimientos de hidrocarburos del estado Nacional a las provincias en cuyos territorios se encuentran, incluyendo las

situadas en el mar adyacente a sus costas hasta una distancia de doce millas marinas.

Además, declaró "sujeto a privatización " el capital social de YPF S.A.

2.255/92

El decreto 2.255 del 2 de diciembre de 1992 modificó la reglamentación de la Ley 24076 en cuanto a algunas pautas de limitaciones y sanciones y aprobó el modelo de licencia de transporte y de distribución de gas incluyendo reglas básicas, Reglamentos del Servicio y Tarifa.

Antes de comenzar con el análisis de las principales disposiciones de instrumento jurídico que constituye la esencia del Sistema Regulatorio Federal Argentino para el Transporte y la Distribución del Gas Natural, es decir la Ley 24076, resulta interesante formularse algunas otras consideraciones que se refieren a las ideas político-filosóficas que la originaron y vertebran su estructura.

1. Primacía de la libre iniciativa privada

“La democracia no promete bajar el paraíso a la tierra, ni siquiera garantiza buenos gobiernos. A lo más, la posibilidad de remover pacíficamente a los que ya responden a las expectativas y reemplazarlos por algo que, esperamos, resulte mejor. La posibilidad del error le es consustancial, como al ser humano cuando piensa y actúa (o vota), y por eso, aunque imperfecto, es un régimen superior -menos cruel, menos falible- a las utopías totalitarias, que, como excluyen de entrada la posibilidad de equivocarse, no pueden evolucionar, sólo perpetuarse tal como son o desplomarse” ¹

Mario Vargas Llosa

“Hay que pasar del Estado de bienestar a la Sociedad del bienestar, o al bienestar de la Sociedad” ²

Gaspar Ariño Ortiz

“...El modelo tradicional de Gobierno y Administración, autoritario, jerárquico, intervencionista y centralizado -en una

¹ VARGAS LLOSA, Mario; “La hora de todos”, La Nación del 26/2/96, página 9.

² ARIÑO ORTIZ, Gaspar; “Privatización y liberalización, tendencia de los años 80 y 90”, RAP 183, página 15.

palabra, napoleónico- lleva a un sistema de adopción de decisiones que es lo contrario de lo conveniente. Lo que aquí se postula es una Administración descentralizada, participativa, neutral, respetuosa del mercado y de la sociedad. Ello implica arrancar de las manos de los políticos parte de su poder, lo que naturalmente resulta siempre harto difícil”³

Gaspar Ariño Ortiz

La promulgación de la Ley de Gas N° 24.076 (LG), junto con sus antecedentes programáticos: la Ley de Reforma del Estado N° 23696, la Ley de Emergencia Económica N° 23697 y la Ley de Convertibilidad N° 23928; se insertan en un contexto de cambios que , desde la perspectiva del Estado eran poco menos que ineludibles, al tiempo que desde el ámbito de la sociedad eran requeridos con clamor.

Recién arribada al gobierno, la máxima autoridad del país al instante de dictarse esas leyes, anticipó los principios que darían sustento a tales reformas cuando sostuvo que “El Estado no hará lo que puedan hacer los particulares, el Estado no hará

³ ARIÑO ORTIZ, Gaspar; “Teoría y práctica de la Regulación para la Competencia” Ponencia presentada al Seminario sobre “Regulación de los Servicios Públicos Privatizados”, Universidad de Belgrano, septiembre de 1995; pág. 23.s

lo que puedan hacer los municipios, el Estado no hará lo que puedan hacer las provincias”⁴.

Obran implícitos en esa enunciación los principios de democratización política⁵ y económica del Estado⁵, de libertad económica e iniciativa privada⁶, y de subsidiaridad⁷ de la actividad de los grupos intermedios y de los gobiernos.

Sin perjuicio de volver sobre cada uno de ellos seguidamente, resaltemos aquel último postulado, el de la subsidiariedad del obrar estatal, verdadera piedra de toque de la transformación operada en nuestro país. Su formulación no es precisamente reciente -aunque a los argentinos nos parezca

⁴ Presidente Carlos Saúl Menem en su discurso del 9 de julio de 1989.

⁵ El Papa Juan Pablo II, en su Carta Encíclica Centesimus Annus (Editorial Claretiana 1991, págs. 30/31 y 49), escrita con motivo del Centenario de la Rerum Novarum (del Papa León XIII, 15 de mayo de 1891); nos recordaba que: “La Rerum Novarum se opone a la estatalización de los medios de producción, que reduciría a todo ciudadano a una (pieza) en el engranaje de la máquina estatal. Con no menor decisión crítica una concepción del Estado que deja la esfera de la economía totalmente fuera del propio campo del interés y de acción. Existe ciertamente una legítima esfera de autonomía de la actividad económica, donde no debe intervenir el Estado. A éste, sin embargo, le corresponde determinar el marco jurídico dentro del cual se desarrollan las relaciones económicas y salvaguardar así las condiciones fundamentales de una economía libre, que presupone una cierta igualdad entre las partes, no sea que una de ellas supere totalmente en poder a la otra que la pueda reducir prácticamente a la esclavitud... El orden social será tanto más sólido cuando más tenga en cuenta este hecho y no oponga el interés individual al de la sociedad en su conjunto, sino que busque más bien los modos de su fructuosa coordinación. De hecho, donde el interés individual es suprimido violentamente, queda sustituido por un oneroso y opresivo sistema de control burocrático que esteriliza toda actividad y creatividad”.

⁶ El profesor Germán BIDART CAMPOS, en su Conferencia inaugural del 1º Seminario Internacional sobre Aspectos Legales de la Privatización y la Desregulación, (publicada en Suplemento RAP, 1989, pág. 23 y sgtes.), expresó que: “El preámbulo de nuestra Constitución hace referencia a los beneficios de la libertad, y enuncia que hay que asegurarlos... En esa cláusula preambular palpita la creencia en que la libertad produce beneficios, y que tales beneficios deben estimularse. Lo que equivale a sostener que no ha de impedirse, estorbarse, frenarse, ni disminuirse las posibilidades de usar a libertad que bonifica a los hombres y a su convivencia. Las sociedades donde esa libertad se dosifica regimentadamente, con prohibiciones numerosas, detallistas y arbitrarias, adormecen progresivamente sus energías creadoras, sus ambiciones, sus proyectos, y caen soporíferamente en el letargo como entumecidas y hasta incapacitadas para reaccionar”.

⁷ Del latín (subsidium-ii), ayuda, apoyo, suplencia, complemento, secundario, accesorio.

novedosa-, ni es tampoco de cuño capitalista-liberal, como las circunstancias podrían movernos a pensarlo.

En efecto, es evidencia de ello que fue la Iglesia Católica quien desde comienzos de siglo ⁸ha expuesto con gran claridad los fundamentos de dicho principio de subsidiariedad -en su definición más abarcativa- convertido en auténtico pilar de su Doctrina Social.

He aquí su pensamiento:

“Es verdad y lo prueba la historia palmariamente, que la mudanza de las condiciones sociales hace que muchas cosas que antes hacían aún las asociaciones pequeñas, hoy no las puedan ejercer sino las grandes colectividades.

Y sin embargo, queda en la filosofía social, fijo y permanente, aquel principio que no puede ser suprimido ni alterado: Así como es ilícito quitar a los particulares lo que con su propia iniciativa y propia industria pueden realizar, para encomendarle a una comunidad, así también es injusto y, al mismo tiempo, de grave perjuicio y perturbación del recto orden social, abocar a una sociedad mayor y más elevada lo que pueden hacer y procurar asociaciones menores e inferiores.

⁸ La doctrina se remonta de todos modos hasta Aristóteles, aún cuando a través de Santo Tomás (Suma Teológica, II-II, q. 66, art. 2) ante su afirmación de que cuando las cosas son privadas se cuidan, se administran y fructifican mucho mejor que cuando son comunes. La comunidad de bienes, por lo general, trae aparejados conflictos y descapitalización por falta de estímulo.

Toda intervención social debe, en consecuencia, prestar auxilio a los miembros del cuerpo social, nunca absorberlos ni destruirlos”⁹.

A la par de ese postulado, algunos años antes de esas definiciones papales, ya nuestro sistema constitucional había adoptado como principio rector y motor de la vida social el de la libre iniciativa individual. Así nos lo recordaba recientemente Bidart Campos¹⁰, “El preámbulo de nuestra Constitución hace referencia a los beneficios de la libertad, y enuncia que hay que asegurarlos...En esa cláusula preambular palpita la creencia en que la libertad produce beneficios, y que tales beneficios deben estimularse”.

En articulación con ese mandato, el plexo de normas de nuestra Constitución exhibe una traída de derechos fundantes de su sistema de garantías: cuales son los derechos de libertad, igualdad y propiedad contenidos en los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución Nacional.

La historia nos demuestra la necesidad de recordar que, verbigracia, las libertades “...de trabajar y ejercer toda industria lícita...de comerciar, de usar y disponer de su

⁹ Quadragesimo Anno: AAS 23 (1931),p. 203; cfr. Mater et Magistra: ASS 53 (1961), pp. 414, 428; Gaudium et Spes: 74, 75, 76; AAS 58 (1966), pp. 1095-1100. Puede verse también: SACHERI, Carlos A. “El orden natural”, EUDEBA (1975), págs.157, 161; CASSAGNE, Juan Carlos “La intervención administrativa”, Abeledo Perrot (1994), pág. 111 y sgtes.

propiedad; de asociarse con fines útiles...”-actividades típicamente privadas- son derechos fundamentales de las personas que habitan nuestro territorio, a los que se les ha asignado una posición preferente en el marco jurídico de la Constitución.

Partiendo entonces de esas reglas generales de nuestra carta magna, y si bien es cierto que no existen los derechos absolutos -ya que su goce está limitado por las leyes y reglamentos que relativizan su ejercicio ¹¹para conjugarlo con el de los demás habitantes y con el interés general-; tales restricciones y condicionantes a su disfrute no son sino excepciones al principio general de libertad individual.

El carácter de accesoriedad que tiene toda reglamentación legal o administrativa, se ve reforzado a su vez por el alcance restringido de ese tipo de atribuciones -lo que es propio de toda potestad ablatoria de derechos-, tal como se desprende de los artículos 19, 28 y 42 de la Constitución Nacional.

Por el primero de ellos -garantía de legalidad- se ha reforzado la primacía de la libertad individual (“Ningún

¹⁰ Véase nota 5.

¹¹ CSJN, “Ercolano” (Fallos 136:171): “...Ni el derecho de usar y disponer de la propiedad ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución, reviste el carácter de absoluto. Un derecho limitado sería una concepción antisocial. La reglamentación o limitación de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social. Reglamentar un derecho es limitarlo, es hacerlo compatible con el derecho de los demás dentro de la comunidad y con los intereses superiores de ésta última”.

habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”), al tiempo que se ha preservado de la autoridad estatal a las acciones privadas de los hombres que no violen el orden o la moral pública.

Por el segundo se ha delimitado la facultad de reglamentación con la garantía de razonabilidad ¹², por la que se resguarda que las leyes y decretos no desvirtúen la esencia o el espíritu de los derechos constitucionales a los que se refieran (“Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”).

Tengamos presente que las reglamentaciones no tienen por objeto cercenar los derechos constitucionales sino que muy por el contrario están a su servicio, ya que al armonizar el modo en que deben disfrutarse los tutelan, los amplían.

Finalmente, por el tercero de ellos -incorporado por la reforma constitucional habida en 1994- se impuso a las

¹² La CSJN, en la causa “Inchauspe” (Fallos, 199:530), sostuvo que “Desde luego, el análisis de la eficacia de los medios arbitrados para alcanzar los fines propuestos, la cuestión de saber si debieron elegirse éstos u otros procedimientos, son ajenos a la jurisdicción y competencia de esta Corte Suprema, a la que sólo incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos por el Congreso; es decir, que sólo debe examinar si son o no proporcionales a los fines que el legislador se propuso conseguir y, en consecuencia, decidir si es o no admisible la consiguiente restricción de los derechos individuales afectados. Pues, como dijo en el caso de Fallos, tomo 171, Página 349, el tribunal nunca ha entendido que pueda sustituir su criterio de conveniencia o eficacia económica o social al del Congreso de la Nación, para pronunciarse sobre la validez o invalidez constitucional de las leyes...” Ya la primera parte del artículo 14 de Constitución Nacional deja asentado que “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio...”

autoridades el deber de proveer "...a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados" y "al control de los monopolios naturales y legales...".

Dicho artículo 42 previó además que: "La legislación establecerá...los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas en los organismos de control".

Se deriva de ello claramente la nueva actitud asumida por el Estado Nacional, en punto a fomentar la transparencia de los mercados para favorecer la interacción de los actores privados, nuevos protagonistas del quehacer industrial y comercial - incluidas las prestaciones caracterizadas como Servicios Públicos-; reservándose para sí la función de regulación y control en colaboración con otros terceros interesados.

Hemos anticipado que las Leyes de Reforma de Estado N° 23.696, de Emergencia Económica N° 23.697 y de Convertibilidad N° 23.928, sentaron las bases para el volteo copernicano al que nos refiriéramos ¹³, reinstalando como

¹³ BUSTAMANTE, Jorge Eduardo; "Desregulación", Abeledo Perrot (1993), pág. 133 y sgtes., ilustra el período diciendo que : "Durante las décadas previas, la economía cerrada y las continuas devaluaciones hacían posible mantener en funcionamiento un sistema cuyos precios relativos eran distintos al resto del mundo y por ende, que carecía de posibilidad de exportar en forma competitiva. Esto llevaba a transferir ingresos del sector rural al sector industrial mediante las retenciones a las exportaciones, tipos de cambio diferenciales y elevados derechos de importación. Las periódicas crisis en la balanza de pagos,

motores del cambio a las previsiones constitucionales comentadas, incluida la que fue fruto de la reforma operada por la Convención de 1994.

Así el artículo 10 de aquella primera Ley fue el paradigma de las normas reformistas, al haber autorizado expresamente al Poder Ejecutivo Nacional "...para disponer, cuando fuere necesario, la exclusión de todos los privilegios y/o cláusulas monopólicas y/o prohibiciones discriminatorias aún cuando derivaren de normas legales, cuyo mantenimiento obste a los objetivos de la privatización o que impidan la desmonopolización o desregulación de servicios".

Dicha norma, a su vez, llegó a ser interpretada con amplitud -en la medida en que se orientaba precisamente a ratificar el principio de libertad de comercio e industria - cuando mediante su invocación se habilitó al PEN a disponer la desregulación de servicios cuando existan disposiciones "que atenten contra la libertad y fluidez de los mercados " ¹⁴.

debidas a los estrangulamientos causados en los períodos de reactivación interna (que requieren mayores importaciones), hacían necesarias las devaluaciones y éstas impulsaban la fuga de capitales y el emisionismo inflacionario. La convertibilidad del peso, sustentada en el compromiso de no emisión..., requiere que los precios internos se alineen a los internacionales, mediante un proceso gradual de ajuste, de carácter privado, a través de negociaciones entre los agentes económicos. Ello obliga a todos los sectores productores de bienes transables (sujetos a competencia internacional), exigidos por la inserción en el mundo, a buscar elevar su productividad a niveles internacionales. Para ello, deben poder negociar los precios de sus insumos libremente, obligando a su vez, a que los proveedores de éstos también mejoren su productividad".

¹⁴ ROJO, Pablo y CANOSA, Armando; "El programa de desregulación del Gobierno Argentino", Boletín Informativo Techint, N° 269 (1992); lo ponen de manifiesto al hacer notar los Considerandos del Decreto 817/92.

En el mismo sentido, el artículo 1° del Decreto 2284/91 reinstaló en el centro de la escena al principio general de la desregulación -o que es igual, el derecho a la libre iniciativa privada-, al dejar "...sin efecto las restricciones a la oferta de bienes y servicios..., las limitaciones a la información de los consumidores o usuarios de servicios sobre precios, calidades técnicas o comerciales, ...y todas las otras restricciones que distorsionen los precios de mercado evitando la interacción espontánea de la oferta y de la demanda" ¹⁵.

Así al propio tiempo que se liberaban las trabazones de las actividades que de ordinario fueran prestadas por los particulares, el Estado comenzó a replegarse sobre sí, abandonando un protagonismo para el que no había demostrado cualidades.

En efecto, la citada Ley de Reforma del Estado N° 23696 contenía también un severo programa de privatizaciones, acometidas por el PEN por sí o mediante la promoción de nuevas leyes-marco.

¹⁵ A partir de estas normas un sinnúmero de Resoluciones y Disposiciones hicieron efectiva la desregulación de los mercados y la liberación de las energías individuales en el ámbito de la Producción Rural (azúcar, tabaco, vino, yerba mate, granos, carnes, lácteos); Industrial (siderúrgica, naval, aeronáutica, vial, automotriz, petroquímica, el Compre Nacional, régimen de promociones); de Servicios (mayorista, horarios, informativo, farmacias, radiodifusión, educación privada); del Transporte (por agua, aéreo, terrestre, cargas); del Seguro (actividad asegurada, reaseguros); del Comercio Exterior: del Mercado de Capitales (cambiaria, mercado de capitales, inversiones); Laboral y Energética. Esta vasta muestra exhibe la extensión de los cambios. Véase BUSTAMANTE, Jorge Eduardo, op. cit.

Las actividades definidas como Servicios Públicos estaban entre ellas.

Hubo que aguardar que la propia realidad doblegara ese primer falso dogma del Estado como encarnación de la idea moral y proveedor del bienestar terreno¹⁶.

Como bien señala Cassagne, "...el Estado como empresario público, que gestionaba directamente los distintos servicios, transformó la idea de servicio en un poder de dominación ejercido a través de las estructuras burocráticas de las empresas estatales, directamente aliadas con los sindicatos...Durante todo ese período la gestión estatal directa tuvo como notas comunes un abultado déficit de explotación, disminución de las inversiones necesarias, servicios insuficientes y de baja calidad; exceso de personal, mal trato al público en general y una situación de corrupción generalizada¹⁷.

¹⁶ Sería interesante el debate y la profundización de las ideas que el autor citado en la nota anterior, (op. cit. págs. 9 a 12) propone sobre este tema, cuya síntesis podría ser: "...Una antigua tradición filosófica coloca a los (finés públicos) en una jerarquía ética superior a los (intereses privados) tal como si aquellos se identificasen con la virtud del bien común y éstos, con el egoísmo individual. De la misma manera, cuando se analizan marcos institucionales alternativos, los resultados colectivos que pueden derivarse de la libre interacción a través del contrato son vistos con desconfianza, recurriéndose a menudo a la acción rectificadora del Estado, como si de ésta se derivase siempre un resultado beneficioso para todos... Lamentablemente, el intervencionismo se encuentra alentado desde dos vertientes : los intereses sectoriales y el idealismo ético. Quienes piensan que su capacidad de influenciar sobre los procesos políticos los llevará a obtener redistribuciones de ingresos a su favor, suelen apoyar esta doctrina, bajo rótulos tan diversos como (capitalismo nacional), (justicia social) o (soberanía económica). Por su parte, quienes todavía identifican el accionar del Estado como el (bien común), cualquiera fuese el campo de su intervención, otorgan el sustento teórico y ético para el provecho práctico de los primeros, en una curiosa convergencia entre los negocios y los ideales".

¹⁷ CASSAGNE, Juan Carlos; "El servicio público y las técnicas concesionales", LL 10/9/95.

Esa intervención directa del Estado en la economía, a través de empresas de su propiedad que prestaban Servicios Públicos monopólicos, ha tenido por objeto (en teoría) la "función de bienestar" que en otros países correspondieron a las regulaciones de control ¹⁸.

De allí que en nuestro país la privatización de esas empresas públicas de servicios -en la medida en que la actividad prestada configure un monopolio natural-, fue acompañada de un "marco regulatorio" en lugar de la consabida "desregulación" ¹⁹.

Es aquella nota de índole "estructural" del servicio en cuestión la que explica esta última diferencia metodológica, aún cuando en una u otra situación el impulso vital de las actividades se asienta en la iniciativa privada (en competencia o regulada) frente al anterior esquema de burocratización estatal de las prestaciones.

En definitiva, estos cambios decisivos que nos tocan vivir - y que son en verdad revolucionarios- han convertido en regla de comportamiento aquello que, hasta el presente, habíamos tenido por excepción y, en un sentido inverso, han trocado en secundario lo que habíamos considerado principal.

¹⁸ En la República Argentina, la mayor parte de las actividades que en los Estados Unidos han sido objeto de regulación, han sido brindadas por empresas públicas (petróleo, gas, electricidad, teléfonos, aguas corrientes)

¹⁹ Conf. BUSTAMANTE,, Jorge Eduardo, op. cit.,pág. 17.

Auguramos el éxito del modelo adoptado ²⁰, en el que se confunden los principios de democratización política, de economía social de mercado y de subsidiariedad; a la búsqueda de una administración técnica pero participativa, despolitizada pero atenta al interés de la sociedad.

Correrá ello a la par del correlativo abandono del régimen Estatal publicista, expansivo y autocrático hasta el autismo, que ha precedido a aquel hasta desplomarse, y al que definitivamente debemos dejar en el pasado junto con las categorías del Derecho Administrativo que le correspondían.

Aunque ello implique "...arrancar de las manos de los políticos parte de su poder, lo que naturalmente resulta siempre harto difícil..."

2. Del proceso hacia un Estado subsidiario.

(libertad, luego igualdad y solidaridad. GAO, Priv y Lib, tdcia de los 80 y 90 RAP 183 p 16)

"El Servicio Público fue un instrumento de progreso, y también de socialización...Pero su ciclo ha terminado. Cumplió su misión y hoy hay que hacerle un digno entierro. Es inútil empeñarse en embalsamarlo, como intentan los franceses, por sí

²⁰ Creemos sinceramente que, tal como lo expusimos, es el modelo de nuestra Constitución.

de esta forma pudiéramos mantenerlo vivo. La situación hoy es otra, casi la inversa. Son los hechos los que mandan, más que la ideología o la política y hoy han cambiado radicalmente los presupuestos económicos y sociales - también los políticos y culturales- sobre los cuales esta institución nació y se desarrolló felizmente” ²¹

Gaspar Ariño Ortiz

Atrás las ruinas del primer dogma -el Estado de Bienestar-, y despejado el núcleo del cambio que se está operando en nuestro país; tratemos de profundizar el nuevo rol del Estado en las actividades de Servicio Público ²². Veremos luego, en particular, su papel en la regulación de transporte y la distribución del gas natural.

Porque en efecto, al hacerse referencia al nuevo papel del Estado en los tiempos que corren, suele asociársele a su “función de regulación”, como queriendo significar algo diferente

²¹ ARINO ORTIZ, Gaspar, “Teoría y práctica de la Regulación para la competencia”, Ponencia presentada al Seminario sobre “Regulación de los Servicios Públicos Privatizados”, Universidad de Belgrano septiembre de 1995; pág. 10.

²² La tarea no es fácil, tal como lo evidencia la señera pluma del profesor Ariño cuando nos previene de que “...frente a la crisis del estado social no basta decir: (volvamos al estado liberal cerremos cosas, ahorremos gastos, reduzcamos los déficits, eliminemos servicios y dejemos que la sociedad vaya por sí misma. Desregulemos, privaticemos y volvamos al estado mínimo). Eso no es solución...para bien o para mal, el estado en una sociedad industrial compleja, urbana, con esta sed de bienes superiores...no tiene más remedio que ser grande... quizás hoy no falta el pan, pero falta cultura, falta salud, falta educación, falta ocio, medio ambiente” (ARINO ORTIZ, Gaspar, “Privatización y Liberalización, tendencia de los 80 y 90” RAP 183, página 15).

de la tradicional expresión “función de reglamentación”, vinculada al llamado poder de policía estatal.

Si bien en una primera aproximación no existirían diferencias de sustancia entre “reglamentar” y “regular” -por la connotación restrictiva de derechos que ambas acciones suponen- se atribuye a la primera de ellas un carácter más abarcativo que a la segunda -generalmente asociada al campo de lo económico-; a la par que se vincula a ésta última con organismos administrativos, frente a la competencia reglamentaria, atribuida en primer término a las legislaturas ²³.

A su vez, en términos clásicos, la acción de reglamentar se corresponde con una noción acotada del poder de policía (seguridad, salubridad, y moralidad), mientras que la acción de regular hace a la noción más amplia de aquel (comprensiva de la intervención económica). Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha adoptado sendas posturas, respectivamente, en la citada causa “Ercolano” (Véase nota 11) y en el caso “Cine Callao” (Fallos 247:121).

Aún con las diferencias consignadas -propias del uso que la ciencia jurídica o económica le atribuyeron según el origen de

²³ Otro tanto ocurre en los EEUU de Norteamérica: “Regulations are not the work of the legislature and do not have the effect of law in theory. In practice, however, because of the intricacies of judicial review of administrative action, regulations can have an important effect in determining the outcome of cases involving

cada concepto- somos partidarios del uso indistinto de ambos vocablos con un alcance bien general, como verdadera potestad de legislación en sentido general, comprensiva tanto de la normación prohibitiva como de la de fomento.

Es más, creemos que la función de reglamentación y control es característica de cualquier organización humana, no exclusivamente de las públicas ni tampoco de las que se reputan como lícitas.

Digámoslo con otras palabras. Regular y controlar son expresiones de poder. Son algo propio de quien puede condicionar la voluntad de los demás, de quien ejerce poder sobre otros: las potestades de dictar normas de fomento (promoción de la iniciativa del otro) o restricción (limitación de los derechos del otro) y de verificar su cumplimiento.

Estos fenómenos, indudablemente, son detectables en cualquier organización humana. Surgen espontáneamente de modo informal, hasta adquirir -en algunos casos- características formales o institucionales.

Si regresamos al ámbito del poder público estadual, o del poder institucionalizado, tales funciones constituyen una nota que hace a la esencia del concepto de Estado y como tal, está

regulatory activity” (Voz (regulations) en el “Black s Law Dictionary”, Sixth Edition, St. Paul, Minn. West

presente a lo largo de la historia del hombre bajo diversas modalidades; propias de las diferentes culturas, ideologías, lugares y tiempo.

Desde las formas más antiguas de organización política hasta las actuales, desde las más primitivas hasta las más evolucionadas, en todas las latitudes; la función estatal puede definirse -en un sentido amplio- como una potestad de regulación y control.

Englobamos en esa acepción genérica tanto las funciones esenciales del Estado (gobierno interior y exterior, administración, legislación, juzgamiento y resolución de conflictos); como las técnicas o herramientas clásicamente atribuidas al obrar administrativo (servicio público, policía y fomento).

Junto a la constante apuntada y como lo adelantáramos, observamos diversos aspectos variables. Muchos de éstos exhiben la enorme evolución de las instituciones a lo largo de la historia y hasta el presente, en el que la llamada regulación económica opera con instrumentos complejos y versátiles.

En el ámbito del reconocimiento de derechos, la existencia de hombres como objetos del derecho de otros hombres -en

tiempos de esclavitud- ha derivado hasta la actual pujante protección de los llamados intereses colectivos o difusos ²⁴.

La intensidad del imperium ejercido ha cambiado del primitivo poder para decidir entre la vida y la muerte hacia la aptitud para aplicar refinadas sanciones económicas ²⁵.

En cuanto a la centralización del poder, se ha evitado o limitado el capricho individual con técnicas de división y contrapeso del poder, con la sumisión de este último a normas objetivas, y al control de órganos independientes ²⁶.

Se han ido modificando también los ámbitos de intervención de los gobiernos, eximiendo del poder estatal a las conciencias y las vidas privadas ²⁷, y limitando el control a las conductas lesivas de intereses comunes o de terceros que no se autoequilibren o autoregulen y, por tal razón, requieran la intervención subsidiaria de la autoridad pública ²⁸.

²⁴ Vgr. artículos 41 al 43 de la Constitución Nacional. En igual sentido: la participación de Asociaciones Intermedias en los procedimientos y en las Audiencias Públicas ante los Entes Reguladores de los Servicios Públicos.

²⁵ Vgr. Sección XII -Contravenciones y Sanciones- del Capítulo Y - Marco Regulatorio de la actividad- del Decreto 1738/92, reglamentario de la LG; Decreto 692/95 -modificadorio del anterior- y Capítulo X de las Reglas Básicas de las Licencias de Distribución o Transporte de Gas, aprobadas por Decreto 2255/92.

²⁶ Vgr. artículo 1º de la Constitución Nacional por el que se adopta para el gobierno de la Nación “la forma representativa republicana federal”; y la totalidad de la “Segunda parte” de nuestra Carta Magna, referida a las “Autoridades de la Nación “. En igual sentido: Sección XI -Procedimiento y Control Jurisdiccional- del Capítulo I-Marco Regulatorio de la actividad- de la LG, de su Decreto reglamentario N° 1738/92 y del Decreto 692/95 -modificadorio del anterior-.

²⁷ Vgr. artículo 116 de la Constitución Nacional, según el cual “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”.

²⁸ Vgr. artículo 116 de la Constitución Nacional por el que los Tribunales de Justicia conocen y deciden sobre “causas” -conflictos de contenido jurídico entre personas con intereses distintos-. En igual sentido: artículo 66 de la LG y su reglamentación por Decreto 1738/92, modificado por Decreto 692/95, por el que “Toda

Los sistemas de garantías no son los del pasado cuando, superándose la mera voluntad del príncipe, se tiende a exigir decisiones colegiadas, sometidas a la ley y revisadas por jueces independientes según procedimientos que garantizan el derecho de defensa ²⁹.

Dentro del marco descripto, aquellas actividades conocidas por nosotros como de Servicio Público no han sido ajenas, desde luego, a la intervención estatal. Por el contrario y de común, la vida social reposa precisamente en esas actividades convocando hacia ellas el interés de los Gobiernos.

El grado de comprensión del obrar humano en la noción de Servicio Público es absolutamente variable, según lo apuntáramos, conforme las culturas, los lugares y el tiempo. Asimismo tanto en el plano de la realidad como en el de la doctrina, el prisma ideológico ³⁰ no ha sido ajeno al concepto de aquel instituto.

controversia que se suscite entre los sujetos de esta Ley, así como todo tipo de terceros interesados, ya sean personas físicas o jurídicas, con motivo de los servicios de captación, tratamiento, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización de gas, deberán ser sometidas en forma previa y obligatoria a la jurisdicción previa y obligatoria del Ente...”

²⁹ Vgr. artículo 114 de la Constitución Nacional, por el que se estableció el Consejo de la Magistratura, o el artículo 110 por el que se garantiza la estabilidad de empleo y la intangibilidad salarial de los magistrados. En igual sentido: artículos 53 a 57 de la LG y su reglamentación por Decreto 1738/92, sobre la conformación del Directorio del ENARGAS.

³⁰ MAIRAL, Héctor A., “La ideología del Servicio Público”, Revista de Derecho Administrativo, Año 5, págs 359 y sgtes., Depalma (1993). Destaca el autor a qué punto la noción de Servicio Público estaba impregnada ideológicamente, que la escuela francesa la identificó como la nota característica del Derecho Público y aún del propio Estado para diferenciarse así de la Concepción Germánica, en la que el núcleo de aquellos residía en la relación autoridad/subordinación. Realiza el autor dos magníficas citas que sintetizan esta visión, a saber, la de León Duguit (“Traité de droit constitutionnel”, 3ª. de. tII, p.59 (1928)): “El Estado no es...una

Es prueba de ello que la doctrina clásica, de origen continental -europeo y de corte esencialmente jurídico, presenta como notas distintivas (en realidad constituyen una ligadura de dogmas) de las actividades de Servicio Público, el hecho de que el Estado, mediante la llamada "publicatio"³¹ expresa o implícita, declara -por entender que le son connaturales- o transfiere hacia sí la "titularidad" ³²de esas actividades, sustrayéndolas del ámbito de la iniciativa privada de los particulares por el carácter de interés general de las necesidades que satisfacen.

De ello se derivaría otra cierta cantidad de consecuencias (eslabones en la cadena de mitos), tales como que esas prestaciones serían actividad típicamente administrativa o asimilable a tal; o que aquellas quedarían indefectiblemente sometidas a regímenes de derecho público (exorbitantes del

potencia que manda, una soberanía; es una cooperativa de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes"; y la de Bonnard (citado a su vez por G. Braibant en "Le droit administratif français", p. 131 (1984)): "El Estado es un organismo social constituido esencialmente por un conjunto de servicios públicos". Una posición inversa a la de MAIRAL puede verse en CASSAGNE, Juan Carlos, "El servicio público y las técnicas concesionales", LL 10/9/95, pág. 3. De todos modos ambas teorías ponen de manifiesto la incidencia de las ideologías sobre la noción bajo estudio.

³¹ CASSAGNE, Juan Carlos ("En torno a la noción de servicio público", Revista Jurídica de Buenos Aires, 1988-II) y GRECCO, Manuel ("Potestad tarifaria, control estatal y tutela del usuario (a propósito de la privatización de ENTEL)", Revista de Derecho Administrativo N°5 (1990)), presentan a esta nota como pivote de la noción.

³² Las constituciones francesa y española (MAIRAL en su ob. cit. más arriba, p. 366 y 374, transcribe la parte pertinente de cada texto) rezan, respectivamente: "Todo bien, toda empresa, cuya explotación tiene o adquiere, las características de un servicio público nacional o de un monopolio de hecho, debe devenir propiedad común" (Preámbulo de la Constitución Francesa de 1946, al que reenvía la de 1958); y "Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales especialmente en caso de monopolio, y, asimismo, acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general". (inciso 2º del artículo 128 de la Constitución de España).

derecho común), dentro de lo que se inserta la potestas variandi (sobre las condiciones de la prestación directa o concesionada) cuando el Estado modifica el servicio siguiendo los cambios ocurridos en las necesidades públicas a atender con aquel.

Otros efectos de esta visión serían la aptitud de fijar en forma reglamentaria y libre las tarifas; el rescate de la gestión del servicio (por razones de mérito u oportunidad) y la reversión de la propiedad de los activos físicos afectados y del servicio mismo hacia el Estado a la finalización del tiempo de la concesión o licencia.

Creemos con sinceridad que esta cosmovisión pertenece al pasado.

Ha sido superada primero por otros regímenes exitosos comparables -como el norteamericano-; luego por nuestra propia realidad -conocida y descripta- y, al fin, por nuestra reforma constitucional -que acentuó el régimen incito ya en ella- y los nuevos marcos regulatorios.

En forma incipiente la doctrina española ³³ y argentina ³⁴ se encuentran en tránsito hacia otros esquemas y categorías

³³ ARIÑO ORTIZ, Gaspar: "Economía y Estado. Crisis de reforma del sector público", De. Marcial Pons - Madrid- España (1993) y "Teoría y práctica de la regulación para la competencia" (hacia un nuevo concepto de Servicio Público), Ponencia presentada al Seminario sobre "Regulación de los Servicios Públicos Privatizados", Universidad de Belgrano, septiembre de 1995; DE LA CUETARA MARTINEZ, Juan Miguel:

distintos a los del molde continental-europeo, y más próximos al del anglo-americano.

Pronto la jurisprudencia comenzará a hacerse eco de estos cambios.

No es posible sostener hoy día con asidero, que actividades típicamente comerciales o industriales como aquellas en las que los Servicios Públicos consisten ean por naturaleza estatales.

Consiguientemente, siendo dichas ocupaciones de titularidad privada, el derecho a ejercerlas por parte de los particulares es en principio pleno.

Ni siquiera la más intensa intervención general puede confundir esas prestaciones (Vgr. en materia de Gas: la construcción y el mantenimiento de infraestructuras físicas; el transporte, la distribución y comercialización del fluido; la firma de contratos de compraventa y suministro; la atención de reclamos o el cobro de facturas) con las funciones típicas de la **Administración**.

“Servicio Público y telecomunicaciones” (La regulación de SP como nuevo paradigma para la prestación de servicios económicos) SORIANO GARCIA, José Eugenio: “Desregulación y Servicios Públicos” (Las dificultades y obstáculos que puede encontrar un proceso desregulador y privatizador); en estos dos últimos casos: sus Conferencias en las “Jornadas internacionales sobre Servicios Públicos”, Mendoza, Argentina (1994).

³⁴³⁴ BUSTAMANTE, Jorge Eduardo: “La República Corporativa”, Emecé (1988) y “Desregulación” (entre el Derecho y la economía), Abeledo Perrot (1993); CASSAGNE, Juan Carlos: “Transformación del Estado”, LL 1990-E-1086; MAIRAL, Héctor A., “La ideología del Servicio Público”, Revista de Derecho Administrativo,

- ❖ El Marco Regulatorio básico aplicable a las empresas que participan de la operación después de la privatización está contenido en la Ley del Gas promulgada en junio de 1992 y sus Decretos Reglamentarios.
- ❖ La Ley del Gas y sus reglamentaciones tienen los siguientes objetivos:
 - ✓ Proteger los intereses del consumidor final.
 - ✓ Promover mercados competitivos.
 - ✓ Regular la oferta, el transporte y la distribución del gas.
 - ✓ Asegurar una producción suficiente para cubrir la demanda doméstica.
 - ✓ Establecer un régimen de tarifas comparable consistente con los patrones internacionales en países con similares condiciones de mercado.
- ❖ El Gobierno supervisa las actividades de la industria del gas natural a través del ENARGAS, que es el responsable de verificar el cumplimiento del Marco Regulatorio y de las condiciones contractuales aplicables a las empresas

Año 5, Depalma (1993); ROJO, Pablo: su ponencia en “El derecho de la posprivatización”, primeras jornadas

Prestadoras de los Servicios o relacionadas con el Sector involucrado. La autoridad regulatoria posee entre otras las siguientes facultades:

- ✓ La emisión de reglamentaciones que gobiernen las actividades de transporte y la distribución del gas.
- ✓ Evitar comportamientos de cartel, monopólicos o discriminatorios por parte de las empresas.
- ✓ Aprobar el marco tarifario a aplicar para cada servicio.
- ✓ Controlar todos los aspectos relacionados con la operación técnica del sistema, y normas de protección al medio ambiente.

VI- LEY N° 24.076

Gas Natural

Marco Regulatorio de la actividad: la condición del Servicio Público.

La ley 24.076 expresa, en su artículo 1°:

Artículo 1°: La presente Ley regula el transporte y distribución de gas natural que constituyen un servicio público nacional,

internacionales sobre regulación económica e iniciativa privada, RAP 183:6 (1993).

siendo regidos por la Ley N° 17.319 la producción, captación y tratamiento.

La Ley N° 17.319 solamente será aplicable a las etapas de transporte y distribución de gas natural, cuando la presente Ley se remita expresamente a su normativa.

Servicio Público: breve desarrollo del concepto

La Ley establece su primer definición básica y liminar estableciendo el marco o ámbito de actuación general dentro de cuyos límites los distintos actores o sujetos deberán desarrollar su actividad. Expresa que el transporte y la distribución del gas natural constituyen un servicio público nacional.

El concepto de servicio público ha ido desarrollándose a lo largo de la historia, siendo concebido de distinta forma según las épocas y los autores.

Desde que el derecho administrativo comenzó a delinear sus propios caracteres como disciplina autónoma, en el Siglo XIX, la noción del servicio público adquirió notable relevancia, al punto que Jézé en Les Principes Généraux du Droit

Administratif (París, 1914) la reconoce como la piedra angular del Derecho Administrativo Francés.

Y es precisamente en Francia donde adquirió particular relevancia. En ese país, como corolario de la división de poderes, se estableció que los actos de la administración pública no podían ser juzgados por los jueces. Se creó entonces un Tribunal Administrativo, el Consejo de Estado, encargado de juzgar los actos del órgano ejecutivo.

Fue en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés donde primeramente apareció el concepto de servicio público, como medio de establecer la competencia del Tribunal (véase arret Terrier, "Cons. d Etat", 6 de febrero de 1903. Dalloz 1904.3.65. Sirey 1905.3.25 con nota de Hauriou).

A partir de entonces, la doctrina trató de encontrar un concepto unívoco de servicio público. La tarea no fue fácil y aún hoy se discute el verdadero alcance de la noción. Para la escuela de Burdeos, lo determinante del Servicio Público era el órgano que lo prestaba.

Así Duguit sostenía que: "El Estado es un conjunto de servicios públicos, es decir, actividades cuya prestación se debe asegurar, regular y controlar por los gobernantes, pues son

indispensables para la realización y desarrollo de la interdependencia social”³⁵.

Jézé admitía, por su parte, que existían necesidades públicas que podían ser satisfechas por particulares. Entre nuestros autores, Bielsa participa de esta concepción del servicio público, que lo define como: “Toda acción o prestación realizada por la Administración pública directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas, y asegurada esa acción o prestación por el poder de policía”³⁶.

Las características esenciales eran entonces: 1) Prestación por un órgano de la administración pública; 2) Satisfacción de un interés general (elemento finalista), y 3) Régimen especial de Derecho Público, administrativo en la especie.

Esta teoría no podía disimular que había necesidades públicas que eran satisfechas por los particulares y por eso Jézé concluye que son gobernantes los que en definitiva determinan voluntariamente cuáles servicios deben ser públicos.

Nace entonces la teoría de la función, en la cual ya no importa el órgano

³⁵ Duguít, León, “Las transformaciones del Derecho Público y Privado”, Edición Heliasta, Biblioteca Jurídica, Buenos Aires, 1975. Para Jézé hay necesidades públicas que pueden satisfacer los particulares.

³⁶ Bielsa, Rafael, “Derecho Administrativo”, 6ª de. Buenos Aires, 1964, t. I. p.463.

que satisfaga la necesidad, reconociendo que aquélla puede ser satisfecha tanto por la Administración Pública, ya sea en forma directa o indirecta, como por los aquellos particulares que, sometidos a un régimen jurídico específico, ejerzan una actividad que trascienda la esfera privada beneficiando a la comunidad ³⁷

Este concepto de la teoría de la función resultaba abarcativo de una gran cantidad de actividades que satisfacen necesidades públicas. Tan es así, que se comenzó a hablar de servicios públicos propio e impropios (farmacias, carnicerías, panaderías, etc.).

Vale decir que el concepto se extendía a actividades privadas, comerciales e industriales.

Para contrarrestar esta consecuencia, surgió la teoría según la cual, lo que caracteriza al servicio público es su presentación en forma monopólica.

Esto tampoco es determinante, porque existen actividades monopólicas que satisfacen necesidades públicas y que, sin embargo, no están sometidas a un régimen de servicio público.

³⁷ Así sostiene Marienhoff, “También pueden haber servicios públicos cuya índole de tales no derive de un acto estatal expreso o de un hecho o “comportamiento” de la Administración pública, sino de su propia naturaleza o esencia “ (en su Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1996, tomo II, pág. 55)

La denominada crisis de la noción de servicio público.

La dificultad de circunscribir los alcances del concepto de servicio público, unida a la creciente participación de la actividad privada en la satisfacción de necesidades públicas, hizo que se pensara en la inutilidad de fijar el concepto y la conveniencia de su supresión ³⁸. Se pensó que los tres aspectos determinantes del servicio público admitían tantas excepciones que no podían señalarse como características propias del concepto.

La persona que presta el servicio, no siempre es el Estado directa o indirectamente, sino que existen otras entidades encargadas de prestar servicios públicos. En segundo lugar, no siempre el objeto del servicio es satisfacer una necesidad pública. Hay servicios que, por ejemplo, cumplen actividades de utilidad pública. Se añade que es un elemento subjetivo porque depende de la voluntad del legislador determinar cuándo existe esa necesidad pública.

Por fin, tampoco es el régimen de derecho público un elemento que siempre se asocie a la noción de servicio público. Así, las Empresas y Sociedades del Estado, desenvuelven un

³⁸Gordillo, Agustín A., "Tratado de Derecho Administrativo Parte General, tomo 2, XIII. 12". Que algún escritor llame "servicio público" antes de existir la regulación legal de derecho público, es equívoco, pues expresa sólo su opinión personal de que convendría que esa actividad fuere objeto de regulación por el

apreciable margen de actividad que es regido por el derecho privado.

La concepción actual del término.

La noción de servicio público no puede escindirse de la necesidad pública y de la de interés público.

El servicio público cumple un fin: el de satisfacer necesidades públicas. Esas necesidades públicas son la suma de las necesidades individuales de los hombres integrantes de la sociedad.

Precisamente, el hombre se ha agrupado para cubrir necesidades que solo no podía satisfacer ³⁹. Y esa asociación de intereses y necesidades es previa aún a la conformación del Estado.

Desde antiguo el hombre se ha agrupado en comunidades para satisfacer necesidades del conjunto.

Las más primitivas tribus ya poseían una noción de servicio público.

derecho público... En otras palabras, a lo sumo sería el régimen jurídico positivo el que podría justificar la denominación, pero no ésta la que determine el derecho aplicable.

³⁹Hauriou en una nota de Sirey 1901-3-75 sostiene: "Las organizaciones administrativas no deben presentar sino como remedios a los desfallecimientos y a la insuficiencia de la actividad privada. Batbie sostiene asimismo, aceptando la fórmula de Aristóteles para definir la misión del Estado, pues mantiene la seguridad; es también gracias al Estado que podemos vivir bien, moral y materialmente, pues debe ejecutar, a falta de iniciativa individual, todo lo que es indispensable para nuestro bienestar y nuestra cultura intelectual" (en *Traité de Droit Public et Administratif*, París 1885, tomo I, pág. 325).

Existen evidencias de que los más antiguos pueblos de la humanidad tenían organizado su sistema de riego y distribución del agua. Sin ir más lejos, en nuestro territorio ya las tribus comechingonas que ocupaban la zona de las sierras centrales, habían construido acequias y canales de riego. Esas construcciones eran de propiedad de todos y nadie podía apropiárselas ni invocar un derecho superior sobre ellas.

A medida que el hombre fue evolucionando, esas necesidades públicas se fueron modificando y siendo más complejas. Los hombres delegaron entonces en sus gobiernos la gestión y organización de los servicios públicos y la satisfacción de sus necesidades.

Esas necesidades públicas no surgen de la apreciación subjetiva del Legislador, sino que son previas a él.

El legislador podrá reconocer y dar carácter de norma jurídica a una situación fáctica preexistente, pero nunca cambiar la realidad a través de una Ley.

A nadie podría ocurrírsele que la provisión de agua potable podría dejar de ser un servicio público porque una Ley así lo dispusiera. El agua es un elemento vital para la vida del hombre y su provisión debe estar asegurada aun contra la voluntad de determinado gobernante.

Otros servicios públicos, como la electricidad y el gas, se han tornado esenciales por la evolución de la civilización. El suministro de energía eléctrica por ejemplo, comenzó como actividad comercial y se convirtió en una necesidad pública a medida que el hombre fue adquiriendo mayor dependencia de ella. Hoy es imprescindible y tiene el carácter de una necesidad pública esencial. Mañana quizás podrá ser sustituida por la energía eólica o solar, y volverá tal vez a ser una actividad comercial. Por ello, repito, será algo impuesto por el avance tecnológico, por la realidad en definitiva, y no por la sola voluntad del gobernante.

Esto quedó claro en nuestro país, con lo que ocurrió con las primeras compañías de electricidad. Los abusos en las tarifas, el deficiente servicio que prestaban, dieron lugar a que los usuarios se organizaran en cooperativas para tomar a su cargo la prestación del servicio. Es decir, fueron los propios usuarios los que comprendieron que se debía asegurar la provisión de energía eléctrica y la elevaron a la categoría de necesidad pública.

En cuanto al régimen exorbitante del derecho privado, consideramos que éste existió independientemente de la regulación específica.

Así la causa "Gómez C. Ferrocarril Central Córdoba ", la Corte Suprema de Justicia de la Nación, había reconocido la facultad del Estado de modificar las tarifas ferroviarias, rechazando la inmutabilidad de las cláusulas de la concesión so pretexto de que eran propiedad definitiva de las empresas ⁴⁰-. En conclusión: la noción de servicio público es anterior al Estado. Este ha actuado como representante de los derechos de los usuarios.

El interés público es la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes ⁴¹.

Los servicios públicos tuvieron un tratamiento diferenciado del derecho privado, aún antes de que existiera regulación específica al respecto.

Podemos sostener entonces que serán servicios públicos aquellas actividades que tiendan a satisfacer necesidades de bienestar y progreso de la mayoría de la población, y que para

⁴⁰ "Se convertiría a los ferrocarriles, que monopolizan el tráfico interno en los directores supremos de la economía nacional, con menoscabo de la función superior que incumbe a los poderes públicos y hasta con mengua de la soberanía" (CSJN, Fallos: 146:231). "La concesión o franquicia para explotar el negocio les ha sido acordado con un propósito superior de bienestar y progreso en favor de los habitantes de las regiones atravesadas por la línea férrea, y al otorgarlo, el Estado no se ha desprendido del derecho de velar por el interés económico de esas poblaciones" (CSJN, Fallos: 140:380)

asegurar su normal prestación, se les reconoce preeminencia respecto del derecho de los particulares.

La titularidad de los servicios públicos

Como dijimos anteriormente, los servicios públicos son prestados por el Estado, directamente por sí o indirectamente por terceros a través de una concesión, licencia o permiso.

Pero el accionar del Estado se efectúa siempre por delegación de los usuarios, quienes, en definitiva son los titulares del servicio. De esto no puede existir duda alguna, son ellos los que requieren la satisfacción de una necesidad pública y los que en definitiva pagan por el servicio.

La complejidad de la vida social, unida al desarrollo tecnológico, ha hecho que el ciudadano común ya no pueda satisfacer individualmente todas sus necesidades. Por ello ha delegado en el Estado la tarea de procurarle aquellos servicios que resultan indispensables para su bienestar y progreso en el estado actual de la civilización.

⁴¹Gordillo, Agustín A., ob. cit., tomo II, XIII-15.

Artículo 2º: Fíjanse los siguientes objetivos para la regulación del transporte y distribución del gas natural. Los mismos serán ejecutados y controlados por el ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS que se crea por el Artículo 50 de la presente Ley:

a) Proteger adecuadamente los derechos de los consumidores;

b) Promover la competitividad de los mercados de oferta y demanda de gas natural, y alentar inversiones para asegurar el suministro a largo plazo;

c) Propender a una mejor operación, confiabilidad, igualdad, libre acceso, no discriminación y uso generalizado de los servicios e instalaciones de transporte y distribución de gas natural;

d) Regular las actividades del transporte y distribución de gas natural, asegurando que las tarifas que se apliquen a los servicios sean justas y razonables de acuerdo a lo normado en la presente Ley;

e) Incentivar la eficiencia en el transporte, almacenamiento, distribución y uso del gas natural;

f) Incentivar el uso racional del gas natural, velando por la adecuada protección del medio ambiente;

g) Propender a que el precio de suministro de gas natural a la industria sea equivalente a los que rigen internacionalmente en países con similar dotación de recursos y condiciones.

DECRETO REGLAMENTARIO

Artículo 2°. - Deróganse a partir del 1° de enero de 1993 todas las normas referidas a la fijación de precios contrarias a las disposiciones de la Ley 24.076 y su reglamentación.

Comentarios:

Como política general la LMR fija una serie de objetivos de la regulación, que es responsabilidad del ENARGAS el tratar que se alcancen, entre los cuales están:

(a) Proteger adecuadamente los derechos de los consumidores.

(b) Promover la competitividad en los mercados de oferta y demanda de gas natural, y alentar inversiones para asegurar el suministro a largo plazo.

(c) Regular las actividades de transporte y distribución, asegurando que las tarifas que se apliquen sean justas y razonables, de acuerdo a lo normado por la ley (LMR).

(d) Incentivar la eficiencia en el transporte, almacenamiento, distribución y uso racional del gas natural, velando por la adecuada protección del ambiente, y

(e) Propender a que el precio del suministro de gas natural a la industria sea equivalente a los que rigen internacionalmente en países con similar dotación de recursos y condiciones.

El primer y segundo objetivo expresan la principal preocupación del ENTE que es la defensa del consumidor y a su "derecho a obtener servicios de provisión de gas seguros y continuados a precios que resulten justos y compatibles con el mantenimiento a largo plazo de un servicio de tales características, tomando debida cuenta de la eficiencia y economía en la provisión del servicio" (R, art.2º (1)). Un formidable conjunto de exigencias en la operación del sistema, que representa la meta ideal al cual debe aquel orientar su acción.

Complementariamente, la reglamentación (R, art. 2 (7)) señala que "en ejercicio de sus facultades en relación al transporte y distribución del gas, incluyendo el cumplimiento de sus obligaciones de asegurar tarifas justas y razonables, el ENTE deberá tomar debida cuenta de (i) la necesidad de atraer nuevos capitales destinados a asegurar un servicio confiable, la expansión de los mercados y el mantenimiento adecuado de las instalaciones, y (ii) el derecho de los consumidores a acceder a un servicio seguro y de largo plazo.

El tercer objetivo busca establecer límites al poder monopólico del regulado, al mismo tiempo que ser equitativo en

la consideración de sus obligaciones y derechos. Las condiciones que deberían satisfacer las tarifas, se aclaran cuando en la reglamentación se dice que el "ENTE propiciará los objetivos de la ley aplicando políticas que permitan, mediante las tarifas respectivas, el recupero de todos los costos razonables, incluyendo el costo de capital, a quienes operen eficientemente los servicios de Transporte y Distribución" (R, art.2° (4)). Sobre esta última parte se volverá más adelante.

Para incentivar la eficiencia y proteger el ambiente, el conjunto de precios debe evitar las señales adecuadas a los sujetos responsables de cada actividad, para que estos traten de reducir costos, eviten el derroche del recurso, se aproveche al máximo la capacidad instalada e incorporen a los precios las externalidades ambientales. Ello significa diseñar un sistema de precios que considera costos marginales ampliados (full MC), además de economías de escala y de alcance, de difícil cálculo, que representan un estado ideal al que se quiere llevar el comportamiento de la industria.

El quinto objetivo que aquí se menciona, es indudablemente un injerto -en la ley- que sólo se explica por la intención del legislador de no colocar en desventaja competitiva al sector industrial, apelando a un método de dudoso resultado -como el

de la tarifa equivalente- cambiante, ineficaz y poco coherente con los otros objetivos y principios objetivos en la Ley 24.076, como la no discriminación, la prohibición de subsidios cruzados o no explícitos y la recuperación de costos.

CAPITULO IV

AUTORIDAD REGULATORIA:

1. Los Entes Reguladores en el escenario de las privatizaciones.

- ❖ **El fenómeno de la privatización, al abarcar la transferencia al sector privado de la gestión de los servicios públicos que antes prestaban empresas estatales , ha generado la necesidad de regular esas actividades para proteger debidamente los intereses de la comunidad.**

- ❖ **El sistema que anteriormente rigió en la Argentina se caracterizó por la concentración de los poderes regulatorios en las propias empresas estatales prestatarias de esos servicios.**

2. Configuración de los fines u objetivos.

❖ Los respectivos ordenamientos legales establecen los fines específicos que persiguen las regulaciones. Ellos configuran y delimitan la competencia de los Entes Reguladores conforme al principio de la especialidad.

❖ El art. 2º de la ley 24.076 establece los siguientes objetivos para el funcionamiento del Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS)

:

- a) Proteger adecuadamente los derechos de los consumidores.
- b) Promover la competitividad de los mercados de oferta y demanda de gas natural, y alentar inversiones para asegurar el suministro a largo plazo.
- c) Propender a una mejor operación, confiabilidad, igualdad, libre acceso, no discriminación y uso generalizado de los servicios e instalaciones de transporte y distribución de gas natural.
- d) Regular las actividades del transporte y distribución de gas natural, asegurando que las tarifas que se apliquen a los servicios sean justas y razonables de acuerdo a lo normado en la presente ley.

e) Incentivar la eficiencia en el transporte, almacenamiento, distribución y uso de gas natural, velando por la adecuada protección del medio ambiente.

f) Propender a que el precio de suministro de gas natural a la industria sea equivalente a los que rigen internacionalmente en países con similar dotación de recursos y condiciones.

3. Los órganos directivos

❖ Los Entes Reguladores deben poseer su dirección y administración a cargo de organismos colegiados, con Directores designados por el Poder Ejecutivo Nacional.

4. Control administrativo y judicial:

❖ Control administrativo: recursos administrativos reglados.

❖ Control judicial: sistemas de apelación directa. Al Órgano Judicial.

❖ **El sistema de Audiencias Públicas.**

❖ **Sistemas de auditorias públicas y fiscales.**

5. Cuestiones fiscales:

❖ **Régimen especial y normas particulares.**

CAPITULO V

SITUACION ACTUAL

1. Situación macro-económica argentina:

- ❖ **La Ley de emergencia económica.**
- ❖ **Proceso de devaluación y pesificación de la moneda.**
- ❖ **Proceso de renegociación tarifaria y contractual - reformas a los contratos de licencia. Garantías para los Prestadores.**
- ❖ **Prospectiva.**

4. IMPACTO EN EL SECTOR REGULADO DE LA INDUSTRIA DEL GAS NATURAL DE LAS RECIENTES MEDIDAS ECONOMICAS GENERALES DEL GOBIERNO NACIONAL ARGENTINO:

a) La crisis económica y su repercusión directa en la economía del servicio público de transporte y distribución del gas natural y de sus prestadores.

Antecedentes previos a las medidas generales que preanunciaban la crisis:

- 1) Tema del ajuste tarifario por aplicación de índices internacionales (PPI);
- 2) La cuestión del subsidio para los consumos patagónicos;
- 3) Reclamos fiscales de provincias y municipios al margen del marco regulatorio

COMENTARIO GENERAL:

La crisis del sector energético regulado de la economía nacional vino precedida, desde el año 1999, por tres cuestiones que, por su importancia económica, preanunciaban un profundo cambio en la concepción Gubernamental respecto de los derechos de las empresas prestadoras de los Servicios Públicos mencionados en el presente y de la protección que el Estado Nacional debe brindar a este Sector.

Así las Empresas debieron afrontar acciones administrativas y judiciales que, contradiciendo claras normas del Marco Regulatorio, negaron derechos adquiridos, con diferentes argumentos de naturaleza política o interpretativa que hicieron lugar a reclamos económicos de jurisdicciones provinciales o municipales o de asociaciones de consumidores.

Tales cuestiones, arriba mencionadas, se sucedieron contemporáneamente con el cambio gubernamental operado en el Estado Nacional y preanunciaron los problemas que se sucederían en el futuro cercano ante la distinta concepción económica de las nuevas autoridades Argentinas.

LA CUESTION RELACIONADA CON EL AJUSTE POR P.P.I.:

El tema de este ajuste tarifario, se destaca nítidamente como el más importante de ellos, no sólo por los montos económicos en juego sino por la trascendencia de los principios involucrados. Las decisiones adoptadas revelan, con total certeza, el intento de modificar, unilateralmente, un principio liminar de la regulación, cuál es el de la utilización de una moneda estable como referencia para la estructuración del régimen tarifario,

verdadera columna vertebral del sistema económico de las Licencias.

Por su trascendencia e importancia es necesario recordar que en el Marco Regulatorio Argentino el sistema de ajuste de tarifas por P.P.I. tiene las siguientes características esenciales:

- Jerarquía Legal: Fue establecido por el Art. 41 de la Ley del Congreso Nacional N° 24.076

- Formó parte del Pliego de Condiciones: con el que se licitó el sistema Argentino y sobre cuya base se convocó a los Inversores Internacionales en los Concursos Públicos llamados a ese fin.

- Reglamentado en el punto 9.4.-9.4.1.1. de las Reglas Básicas de las Licencias de Distribución: Es decir forma parte del Contrato fundacional de cada Distribuidora.

- Ha sido aplicado pública y pacíficamente por el Ente Regulador y las Licenciatarias durante el tiempo de vigencia de las respectivas Licencias.

- No puede ser modificado unilateralmente por el Otorgante. (Art. 18.2 de las RBLD).
- Tampoco podrá ser modificado por ningún otro instrumento legal: salvo una reforma del Art. 96 de la Ley 24.076. Ese artículo establece que en el caso de conflicto normativo entre la Ley N' 24.076 y otras leyes siempre prevalece la Ley N' 24.076.

El sistema de ajuste por PPI es base fundacional del Marco Regulatorio Argentino, integra un sistema especial y específico garantizado por Ley del Congreso que impide su modificación unilateral por cualquier, disposición legal o administrativa no específica.

LA CUESTION RELACIONADA CON LA APLICACIÓN DEL P.P.I. A PARTIR DEL AÑO 2.000.-

El acta acuerdo del 6 de enero de
2000

Con fecha 6 de enero de 2000 el Presidente del Ente Nacional Regulador del Gas y representantes de las Licenciatarias del Servicio de Transporte y distribución de Gas Natural por redes, suscribieron un acta acuerdo, de acuerdo a la iniciativa de la Secretaría de Energía de la Nación, conforme lo manifiesta el primer considerando de dicha acta acuerdo.

En dicho acto las licenciatarias de Transporte y Distribución prestan su conformidad para el diferimiento, en forma excepcional y por única vez, del ajuste del PPI para el período y en las condiciones previstas en los considerandos de dicha acta acuerdo, estableciéndose su recupero entre el 1° de julio de 2000 y el 30 de abril de 2001.

En el segundo punto del Acta se establece que, como consecuencia de lo acordado y en

relación al proceso del traslado del precio del gas comprado a las tarifas para el período estacional Mayo-septiembre de 2000, las Autoridades garantizan a las Licenciatarias el respeto pleno de las normas hoy aplicables, disponiendo su implementación en los plazos legales previstos por las normas regulatorias.

Importante resulta remarcar los considerandos del acuerdo que marcan el espíritu y marco en el que el mismo fue suscripto. Así el segundo de ellos señala que: "...siempre bajo el amparo de la integridad jurídica del marco regulatorio que las rige y de las licencias otorgadas y el respeto y plena vigencia de los compromisos y contratos celebrados como resultado de la privatización de Gas del Estado, la Secretaría de Energía de la Nación ha manifestado su preocupación en orden a la realidad económica imperante y a la necesidad de arbitrar soluciones acordes con el plan económico oportunamente diseñado por las Autoridades Nacionales, sin que ello repercuta en el cumplimiento de lo legislado en el marco regulatorio vigente."

Asimismo en el considerando tercero queda claro que la reconsideración temporaria de la aplicación de los PPI, tiene un carácter excepcional, "...y sin que ello importe un cambio del marco legal aplicable."

Finalmente en el considerando tercero del acta acuerdo se establece que: "...ello, al ser aceptado por las Licenciatarias, no deberá repercutir negativamente en la integridad económica ni financiera de sus ingresos, manteniéndolas indemnes de todo perjuicio que pudiera resultar, con el reconocimiento expreso por parte de las Autoridades que ello no importará precedente ni constituirá una modificación de las reglas previstas en el marco legal."

Con fecha 10 de Enero de 2000 el ENARGAS resuelve: i) Aprobar para cada Licenciataria, el factor de inversión K aplicable para el primer semestre de 2000.

ii) Aprobar los cuadros tarifarios aplicables a partir del 1 de enero de 2000, y;

iii) Diferir a través de su financiamiento y posterior recupero, por única vez y con carácter excepcional y a partir de la conformidad expresa de las licenciatarias, la aplicación del ajuste por PPI correspondiente al primer semestre del 2000 y a hasta el 1 de julio de 2000.

Se establece que la facturación de los importes así diferidos sería recuperada a partir de dicha fecha por la Licenciataria conforme a cuadros tarifarios que el ENARGAS aprobara en la oportunidad y con arreglo al mecanismo dispuesto en el informe intergerencial de fecha 7 de enero de 2000 y la metodología anexa al mismo que forman parte de la resolución.

Acuerdo de fecha 17 de julio de 2000

Con fecha 17 de julio de 2000 el Señor Secretario de Energía de la Nación, en representación del Sr. Ministro de Economía de la Nación

por el Estado Nacional, el Sr. Presidente del ENARGAS y los representantes de las Licenciatarias del Servicio Público de Transporte y distribución de Gas Natural suscriben un acuerdo en el cual convienen:

(i) Que el ENARGAS en cumplimiento del Acta suscripta el 6 de enero de 2000, incorporará a los cuadros tarifarios con vigencia al 1 de julio de dicho año la variación del PPI postergada el 1 de enero.

(ii) Las licenciatarias prestan su conformidad para el diferimiento de la percepción en forma excepcional y por única vez, de los montos resultantes de los distintos ajustes del PPI que corresponden desde el 1 de julio de 2000 hasta el 30 de junio de 2002.

(iii) El recupero de tal postergación involucra la constitución de un fondo de estabilización del PPI, cuyo funcionamiento se acuerda en los términos y condiciones que se establecen en el anexo II, indicándose que los ingresos resultantes como consecuencia de la creación del fondo, así como los impuestos devengados se

reflejarán en los estados contables de las licenciatarias como créditos y deudas.

(iv) Se acuerda que existe consentimiento de las licenciatarias para la postergación de la percepción de los importes en cuestión requiriéndose la aprobación del acta por parte del Poder Ejecutivo Nacional en su calidad de otorgante.

(v) Se aceptan las condiciones de instrumentación del diferimiento sobre metodología del "fondo de estabilización del PPI.

(vi) Es Estado Nacional se compromete a arbitrar los medios a los efectos que el diferimiento no altere ni se constituya en una contingencia en los estados contables de las Licenciatarias.

(vii) Se declara que los montos diferidos y devengados, constituyen una deuda legítima que las licenciatarias deben recuperar oportunamente, por lo cual los montos no podrán ser disminuidos ni afectados en modo alguno por compensaciones unilaterales, aún las que pudieran provenir del proceso de revisión quinquenal de tarifas.

(viii) Se crea una comisión mixta en el sector gas natural

Al acuerdo se acompaña como anexo II el documento denominado "Fondo de Estabilización del PPI - Metodología-" y un proyecto de decreto del Poder Ejecutivo Nacional.

DECRETO 669/00

Con fecha 4-8-00 el Poder Ejecutivo Nacional dicta el decreto 669/00 (B.O. 8-8-00) que reproduce el modelo de decreto acordado y por el que se difiere la aplicación del PPI entre el 1° de julio de 2000 y el 30 de junio de 2002, aprobándose la aplicación del correspondiente al período 1° de enero y 1° de julio de 2000, autorizándose al ENARGAS a instrumentar lo previsto en los artículos del decreto aplicando la metodología que se aprueba en el anexo II de dicha norma.

Finalmente el ENARGAS con fecha 4-8-00 por resolución 1799/00 (B.O. 17-8-00 aprueba los nuevos cuadro tarifarios correspondientes a los servicios de distribución de gas por redes de las Licenciatarias, a partir del 1° de julio de 2000 en los cuales:

1. Aprueba el factor de inversión K de aplicación en el segundo semestre de 2000.
2. Establece el componente de actualización de los servicios de transporte y distribución (PPI octubre 99/abril 99), estableciendo que a tal variación debe añadirse el recupero de 10 meses de deuda devengada en el período enero-junio 2000 y con vigencia al 1 de julio de 2000.
3. Aprueba los cuadro tarifarios aplicables conforme al acuerdo.

Difiere la aplicación del ajuste tarifario PPI desde el 1° de julio de 2000 hasta el 30 de junio de 2002 en los términos del decreto 669/00.

La intervención del Poder Judicial en la cuestión. Dictado de una medida cautelar, solicitada por el Defensor del Pueblo de la Nación, suspendiendo los efectos de los acuerdos antes

*mencionados. El marco en que se dicta la medida cautelar.
La pretensión del Defensor del Pueblo.*

*Conforme surge de la sentencia de fecha 18/8/00, en el caso
la pretensión de fondo de la actora -Defensor del Pueblo de
la Nación- consistía en requerir, a través de una demanda
ordinaria contra el Poder Ejecutivo y el ENARGAS, que:*

*a) Se declare la
inconstitucionalidad de:*

*(i) El art. 41 de la Ley
24.076, en cuanto autoriza un ajuste de tarifas del gas con
base en un sistema indexatorio;*

*(ii) El art. 96 de la Ley
24.076 que pretendía derogar las disposiciones que prohíben la
actualización; y*

*(iii) De los Decretos 1738/92
y 2255/92, y cualquier otra norma que los complemente;*

*b) Se declare la nulidad del Decreto 669/00 que aprueba el
Acta Acuerdo del 17/7/00. Ello incluye el cuestionamiento
de:*

(i) El mecanismo de diferimiento de los aumentos allí fijados;

(ii) No haberse hecho lugar a la recomendación de la Defensoría (Res. 817/00) de realizar una audiencia pública conforme las previsiones de los arts. 47 y 67 de la Ley 24.076.

c) Solicita como medida cautelar "que se ordene no aplicar aumentos de tarifas sobre los precios de transporte y distribución de gas en base a componentes indexatorios".

2.- La medida en sí. Sus argumentos para la resolución estimatoria de la pretensión cautelar.

En este marco, el decisorio judicial mencionado ordenó hacer lugar a lo solicitado por el Defensor del Pueblo y suspender la aplicación del Decreto 669/00, de modo que no se apliquen aumentos de tarifas sobre los precios de transporte y distribución de gas en base a componentes indexatorios, por los siguiente motivos:

- A) ILEGITIMIDAD DE LA INDEXACIÓN DE TARIFAS
- B) NECESIDAD DE AUDIENCIA PÚBLICA

La justiciabilidad de ambas cuestiones se entendió que derivaba de:

a) Las disposiciones de los arts. 42 y 86 CN justifican el tratamiento judicial del tema.

b) Se afirma en este sentido que "La doctrina y la jurisprudencia han reconocido el carácter justiciable del tema tarifario" (se cita el caso CSJN "Maruba", Gordillo, jurisprudencia de EEUU, casos "Chicago v. Minnesota", de 1890 y "Smyth v. Ames", citados por Grecco).

c) En cuanto a la audiencia pública se cita al respecto el caso "Youssefián" de fecha 23/6/98.

LUEGO, Y ESPECÍFICAMENTE SOBRE LA VEROSIMILITUD DEL DERECHO, EL DECISORIO CONSIDERA QUE:

a) El ajuste cuestionado no guarda relación ni con el posible aumento del gas en el sector productivo ni con los eventuales incrementos impositivos u "otras circunstancias objetivas justificadas", que encuentran su ajuste en el punto 9.3.c del Decreto 2255/92;

b) La Ley 24.076 en su art. 96 establece que en caso de conflicto normativo con otras leyes, prevalece la misma, sin embargo ello debe evaluarse en el caso en referencia con la Ley de Convertibilidad que en ningún caso admite la actualización monetaria (art. 7°), conforme la tutela del usuario garantizada por el art. 42 de la Constitución Nacional.

c) En este sentido, debe meritarse que la Ley 24.076 se dictó en un contexto inflacionario continuo, cuando el aumento tarifario por indexación se produce en un momento de deflación;

d) El aumento de la tarifa no resulta justo y razonable, pues aumenta la rentabilidad de la tarifa mientras descienden los costos internos, y el usuario deberá pagar más por el mismo servicio, en una economía en recesión y con deflación.

e) Se rompe el equilibrio de la ecuación económico financiera del contrato en perjuicio del usuario

f) La interpretación de los derechos de la licenciataria es restrictiva;

g) La audiencia pública encuadraría en lo previsto en el art. 47 de la Ley 24.076;

h) El Decreto 669/00 desborda el marco legal y contractual, por lo que procedería la intervención de los usuarios;

i) A tales efectos se cita el caso Youssefián (sentencias del 26/11/97 y 23/6/98).

LA SENTENCIA APELADA Y SU CONFIRMACIÓN POR

LA CAMARA.:

LOS ARGUMENTOS DE LAS LICENCIATARIAS.

La ley 24.076, sancionada el 20/5/92 (la 23.928 es de Marzo de 1991), en su art. 41 dispone que "En el curso de la habilitación las tarifas se ajustarán de acuerdo a una metodología elaborada en base a indicadores de mercado internacional que reflejen los cambios de valor de los bienes y servicios representativos de las actividades de los prestadores".

Ello así y tal como se describiera en el capítulo respectivo de descripción del régimen tarifario para la industria del gas, el ajuste de las tarifas de transporte y distribución por un indicador de mercado internacional constituye un principio legal establecido por una ley formal del Congreso Nacional.

DICHO PRINCIPIO FUE RECOGIDO POR LAS REGLAS BÁSICAS DE LA LICENCIA QUE DISPUSO EL AJUSTE SEMESTRAL DE TARIFAS POR PPI A PARTIR DEL MES DE JUNIO DE 1993 HABIÉNDOSE CONSIDERADO DICHO ÍNDICE COMO EL REPRESENTATIVO CONFORME LAS DISPOSICIONES DEL DEC. REGLAMENTARIO QUE LO ESTABLECIÓ.

En materia de gas natural, puede sostenerse la derogación posterior y especial de la Ley de Convertibilidad

EN EL PRESENTE CASO, LA LEY 24.076 QUE REGULA EL TRANSPORTE Y DISTRIBUCIÓN DE GAS NATURAL, SANCIONADA CON FECHA 22/5/92, HA MODIFICADO LA LEY 23.928, SANCIONADA EN MARZO DE 1991.

EN EFECTO, SI BIEN ES CIERTO QUE LA LEY 23.928 ES DE ORDEN PÚBLICO, TAL COMO LO ESTABLECE SU ARTÍCULO 13, QUEDANDO ASÍ SUSTRÁIDA A LA AUTONOMÍA DE VOLUNTAD DE LOS PARTICULARES; NO ES MENOS CIERTO QUE LA LEY 24.076 TAMBIÉN RESULTA DE ORDEN PÚBLICO, CIRCUNSTANCIA QUE SURGE CLARAMENTE DE LO DISPUESTO POR LA PROPIA LEY EN SU ARTÍCULO 95.

DICHO ARTÍCULO ESTABLECE TEXTUALMENTE QUE: "LA PRESENTE LEY ES DE ORDEN PÚBLICO. NINGUNA PERSONA PUEDE ALEGAR EN SU CONTRA DERECHOS IRREVOCABLEMENTE ADQUIRIDOS CON

EXCEPCIÓN DE LOS CONVENIOS PREEXISTENTES ENTRE GAS DEL ESTADO SOCIEDAD DEL ESTADO Y LAS PROVINCIAS...”

DE ESTE MODO, AMBAS LEYES POSEEN LA MISMA JERARQUÍA. LUEGO, HABRÁ QUE ESTARSE A AQUELLA QUE RESULTE POSTERIOR Y ESPECIAL RESPECTO DE LA OTRA, CONFORME LO ESTABLECEN LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO SEGÚN LOS CUALES “LEY POSTERIOR DEROGA LEY ANTERIOR” Y “LEY ESPECIAL DEROGA LEY GENERAL”.

TAL COMO FUERA EXPUESTO, LA LEY DE CONVERTIBILIDAD 23.928 ES DE MARZO DE 1991, MIENTRAS QUE LA LEY 24.076 ES DE MAYO DE 1992, LO QUE DETERMINA QUE ÉSTA ÚLTIMA SEA POSTERIOR.

ASIMISMO, LA LEY 24.076 ES ESPECIAL PUESTO QUE REGULA ESPECÍFICAMENTE EL TRANSPORTE Y DISTRIBUCIÓN DE GAS NATURAL, MIENTRAS QUE MEDIANTE LA LEY DE CONVERTIBILIDAD SE ESTABLECE, CON CARÁCTER GENERAL, UN SISTEMA MONETARIO

NOMINALISTA PARA EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DE DAR SUMAS DE DINERO A PARTIR DEL 1/4/91.

ENTONCES, EL SOLO HECHO DE QUE LA LEY 24.076 SEA POSTERIOR A LA LEY 23.928 Y ADEMÁS ESPECIAL RESPECTO DE ÉSTA ÚLTIMA, DETERMINA QUE, EN EL CASO, DEBAMOS ESTARNOS A AQUÉLLA.

PERO ADEMÁS, ESA PRIORIDAD ESTÁ EXPRESAMENTE CONSAGRADA POR LA PROPIA LEY 24.076, LA QUE EN SU ARTÍCULO 96 DISPONE QUE "EN CASO DE CONFLICTO NORMATIVO ENTRE OTRAS LEYES Y LA PRESENTE, PREVALECE ESTA LEY".

SIN LUGAR A DUDAS, ESTE ES EL CASO QUE SE PRESENTA A ANÁLISIS, UN CONFLICTO NORMATIVO ENTRE UNA LEY QUE PROHÍBE LA INDEXACIÓN POR PRECIOS A PARTIR DEL 1/4/91 Y OTRA LEY QUE PERMITE EL AJUSTE DE TARIFAS DE GAS DE ACUERDO A INDICADORES DE MERCADO INTERNACIONAL QUE REFLEJEN LOS CAMBIOS DE VALOR DE BIENES Y SERVICIOS REPRESENTATIVOS DE LA ACTIVIDAD DE LOS PRESTADORES.

ENTONCES, DICHO CONFLICTO SOLO PUEDE RESOLVERSE TENIENDO EN CONSIDERACIÓN QUE AMBAS LEYES SON DE ORDEN PÚBLICO TAL COMO SURGE DE SUS RESPECTIVOS TEXTOS, LAS MÁXIMAS JURÍDICAS SEGÚN LAS CUALES LEY POSTERIOR DEROGA LEY ANTERIOR Y LEY ESPECIAL DEROGA LEY GENERAL Y EL ARTÍCULO 96 DE LA LEY POSTERIOR Y ESPECIAL QUE RESUELVE CLARA Y EXPRESAMENTE EL EVENTUAL CONFLICTO ENTRE NORMAS EN SU FAVOR; DEBIENDO TENERSE ESPECIALMENTE PRESENTE QUE AL SANCIONARSE LA LEY 24.076, EL CONGRESO NO PUDO HABER SOSLAYADO LA EXISTENCIA DE LA LEY 23.928, LA CUAL SE ENCONTRABA VIGENTE HACÍA POCO MÁS DE UN AÑO, COMO TAMPOCO PUDO IGNORAR TAL CIRCUNSTANCIA EL PODER EJECUTIVO NACIONAL AL DICTAR EL DECRETO 669/00.

En efecto, a la fecha de sanción de la Ley del Gas y su reglamentación, la Ley de Convertibilidad llevaba poco más de un año en vigencia, lo cual no pudo ser ignorado ni por el Congreso ni por el Ejecutivo al establecer el mecanismo de

ajuste tarifario basado en la evolución del PPI. Siendo ello así, sólo cabe concebir que el Estado Nacional puso deliberadamente en vigencia un sistema legal especial de ajuste tarifario -que aplicó pacífica e ininterrumpidamente por ocho años- que consideró compatible con la convertibilidad de la moneda local frente al dólar (doctrina de los actos propios).

La ley no comprende obligaciones en dólares.

Conforme surge claramente del texto de la ley de Convertibilidad, primera y suficiente fuente de interpretación del intérprete cuando la ley es clara, en su art. 7º, sin lugar a dudas establece la prohibición de actualización monetaria, la indexación de precios, variación de costos, etc., únicamente para las obligaciones de dar sumas de dinero en moneda nacional (australes, luego pesos) mas no para las obligaciones en dólares.

Por otra parte, como las obligaciones en moneda extranjera se consideran obligaciones dinerarias, una

redacción genérica las hubiese comprendido, mas la mención a las sumas determinadas en australes, las excluye.

Por tanto, no existe ningún impedimento para que las obligaciones en moneda extranjera sean susceptibles de actualización.

Cabe tener presente, en tal sentido, la interpretación que surge del Informe del Ministerio de Economía tratado en el Senado el 21/3/91 (Diario de Sesiones, pág. 5799): "Se interpreta que de haberse fijado el precio en dólares en el momento en que nació la obligación o relación jurídica, deberá ajustarse por el valor del dólar estadounidense; o sea que será un valor constante en dólares más eventualmente una inflación de esa moneda..."

En el mismo sentido, cabe mencionar lo sostenido por la Procuración del Tesoro en su Dictamen P.T. N° 209/92 (en una causa referida a la validez de una cláusula de ajuste de precio pactada en moneda extranjera inserta en un contrato de provisión celebrado entre un ente autárquico del Gobierno Nacional y una empresa extranjera) al decir que "el régimen de la Ley de Convertibilidad sólo hace referencia a

deudas en 'australes' y no a moneda extranjera y que su intencionalidad no puede haber sido reglar una inflación extranjera para suprimir sus efectos”.

Asimismo, el Decreto 1312/93 estableció una mecánica de ajuste de precios en contratos de obra pública con un plazo de duración superior a un año, teniendo en cuenta para ello la conveniencia para el interés público y la compatibilidad con el régimen de la convertibilidad, excluyendo el mismo a las concesiones con régimen propio y cobro directo al usuario, como el gas, al solo efecto de la aplicación de ese decreto y para preservar el sistema establecido en el régimen particular.

Por otra parte, y con relación a lo afirmado en la resolución judicial en el sentido de que la Ley 24.076 regula también el interés económico de los usuarios, cabe puntualizar que, la dolarización de las tarifas de transporte y distribución de gas natural y su ajuste semestral por PPI tiene relación también con el interés de los usuarios, ya que a partir de la privatización de Gas del Estado se han visto beneficiados con un servicio confiable, seguro y prestado a un nivel tarifario que se ubica entre los más baratos del mundo.

CONCLUSIÓN DE ESTE CAPITULO:

La medida cautelar fue confirmada por Sentencia de Cámara y se halla apelada en Jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pero su ejecución se ha hecho efectiva desde su dictado.

B) RECIENTES MEDIDAS ADOPTADAS POR EL GOBIERNO NACIONAL SOBRE LA BASE DE LA DECLARACIÓN DE EMERGENCIA ECONÓMICA:

CONTENIDOS: LA LEY DE EMERGENCIA ECONÓMICA: DEVALUACIÓN ASIMÉTRICA Y DEVALUACIÓN GENERALIZADA. MODIFICACIÓN UNILATERAL DEL MARCO REGULATORIO Y DE LOS CONTRATOS DE LICENCIA.

* En el marco de la Ley 25.561 de Emergencia Económica:

La ley de emergencia aquí mencionada, dejó sin efecto a partir de la fecha de su sanción:

(i) toda cláusula de ajuste en dólares o en otra divisa extranjera;

(ii) toda cláusula indexatoria basada en la aplicación de índices de otros países

iii) todo otro mecanismo indexatorio; fijando los precios y tarifas resultantes de la aplicación de dichas cláusulas a la relación 1 peso = 1 dólar.

Ello provocó, de por sí, una grave afectación a los derechos de las Licenciatarias de Gas cuyas tarifas se hallaban establecidas en dólares, siendo sólo expresadas en pesos a los efectos de su percepción por las prestadoras y pago por los usuarios, de acuerdo a las previsiones de los artículos 37 y ss. de la Ley 24.076 y de su Reglamentación aprobada por Decreto 1.738/92, así como del punto 9.4 de las Reglas Básicas de la Licencia, aprobadas por Decreto 2.255/92.

El Artículo 8° de la Ley de Emergencia, produce de por sí, una grave afectación, al dejar sin efecto los mecanismos de ajuste o redeterminación de las tarifas en base a indicadores de mercado internacional, estableciendo la relación 1 peso = 1 dólar, sin establecer un procedimiento que, a partir de la aplicación de la

metodología vigente permita al licenciatario, cuya inversión fue realizada en dólares, la cobertura de sus costos y el justo ingreso para diseñar convenientemente el retorno de la inversión hecha en el sistema de Transporte y Distribución de Gas Natural Argentino.

Las empresas prestatarias de obras y de servicios públicos, quedaron desprotegidas frente al nuevo régimen, haciéndose recaer, hasta ahora, sobre ellas todo el peso de la emergencia, en una situación de sacrificio especial que le es impuesto por sobre el común de la sociedad y que en razón del servicio público que brindan, no tienen la obligación ni la posibilidad de soportar.

El daño producido a las empresas operadoras de servicios públicos y a las sociedades inversoras titulares del capital accionario, al igual que a sus inversores nacionales y extranjeros, como consecuencia de la abrupta ruptura de la paridad y la fijación de un nuevo factor de convergencia, en modo alguno es comparable con el que finalmente se produce como consecuencia del dictado del Decreto 214/02.

* d) En el marco del Decreto 214/02

El Decreto 214, de fecha 3 de febrero de 2002, denominado de "pesificación de la economía", dispone la conversión a pesos de las obligaciones de dar sumas de dinero de cualquier causa u origen, expresadas en dólares estadounidenses u otras monedas extranjeras, existentes a la sanción de la Ley N° 25.561 (Artículos 1° y 8°).

La relación que se establece para la conversión de los depósitos es de 1 dólar = 1,40 pesos (Art. 2°) y para las deudas, es de 1 peso = 1 dólar (Art. 3°).

A tales obligaciones (depósitos y deudas) se les aplicará, a partir del dictado del decreto, un Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER), que publicado por el Banco Central (y que no es otro que una suerte de variación del índice de precios al consumidor publicado por el INDEC,

que antiguamente se utilizaba para actualizar las obligaciones de dar sumas de dinero).

Este Decreto establece, además, que no se deroga lo establecido por los artículos 7° y 10 de la Ley 23.928, en la redacción establecida por el artículo 4° de la ley 25.561, prohibiendo los ajustes y variaciones de precios para deudas contraídas con posterioridad a su dictado.

COMO COMENTARIO GENERAL A ESTE CAPITULO CABE MENCIONAR QUE LAS MODIFICACIONES COMENTADAS REPRESENTAN EL FINAL DEL PROCESO DE MODIFICACIÓN UNILATERAL DE LAS NORMAS FUNDANTES DE LA REGULACIÓN, ANTES MENCIONADAS (PPI), Y QUE SE RELACIONAN CON EL DESEO DE LAS AUTORIDADES QUE LO DISPUSIERON DE REVALORAR LA INTERVENCIO CRECIENTE DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA Y EL PROCESO DE DEBILITAMIENTO DE LAS GARANTÍAS DE LOS PARTICULARES PRESTADORES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS COMPRENDIDOS.

IMPACTOS DE LA PESIFICACION Y CONGELAMIENTO DE
LAS TARIFAS PATRIMONIO DE LAS EMPRESAS
PRESTADORAS DEL SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE Y
DISTRIBUCIÓN DE GAS NATURAL:

COMO CONSECUENCIA DE LA VIGENCIA DE LA LEY DE EMERGENCIA ECONÓMICA ANTES CITADA, N° 25.561, QUE ESTABLECIÓ LA PESIFICACIÓN Y EL CONGELAMIENTO DE LAS TARIFAS, LAS EMPRESAS REGULADAS DE GAS NATURAL DEBIERON SOPORTAR - A PARTIR DEL MES ENERO DE 2002 - UN INCREMENTO INUSITADO DE COSTOS OPERATIVOS AL RITMO DE LA INFLACIÓN, CON FUERTES INCREMENTOS DE LOS PRECIOS DE SUS INSUMOS, IMPORTADOS Y NACIONALES, CON UN RÉGIMEN TARIFARIO CONGELADO.

ADEMÁS, LAS EMPRESAS DEBEN HACERSE CARGO DE LAS PERDIDAS QUE PROVOCA ESTE RETRASO Y ABSORBER EL AUMENTO DE LA MOROSIDAD E INCOBRABILIDAD, SOPORTAR EL DESCOMUNAL AUMENTO DE LOS INSUMOS Y

ASUMIR EL PAGO DE COMPROMISOS EXTERNOS POR VALOR DE 2400 MILLONES DE DÓLARES.

LOS MÁRGENES REGULADOS INCLUIDOS EN LAS TARIFAS RESIDENCIALES BAJARON EN TÉRMINOS REALES DESDE 1992 HASTA EL MOMENTO DE LA DEVALUACIÓN, COMPARADOS CON EL COSTO DE VIDA (ÍNDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR). LAS TARIFAS INDUSTRIALES EFECTIVAMENTE ABONADAS REGISTRARON UN DESCENSO AÚN MAYOR, POR LOS DESCUENTOS ADICIONALES APLICADOS SOBRE LOS PRECIOS MÁXIMOS AUTORIZADOS.

MERCE A ESTA DISTORSIÓN EN LOS VALORES, HOY EL GASTO EN GAS NATURAL DE UNA FAMILIA TIPO EN ARGENTINA (CONSUMO PROMEDIO ANUAL 1.000M³) ES DE 70 CENTAVOS POR DÍA (0.20 CENTAVOS DE DÓLAR).

ESTE VALOR INCLUYE, ADEMÁS, LOS IMPUESTOS QUE REPRESENTAN UN 30% DE ESE MONTO.

DE TAL MANERA QUE LO QUE SE GASTA EN GAS EN UN HOGAR, DIARIAMENTE, ES UN VALOR MÍNIMO NO ALEJADO DE LAS POSIBILIDADES DE CUALQUIER FAMILIA ARGENTINA.

ES IMPORTANTE SEÑALAR TAMBIÉN QUE EN MATERIA TRIBUTARIA, LA PRESIÓN IMPOSITIVA EN LA FACTURA DE GAS QUE ABONAN LOS USUARIOS ARGENTINOS, ASCIENDE HOY AL 30% Y EL COMPONENTE DE IMPUESTOS, TASAS Y CONTRIBUCIONES EN LA FACTURA HA CRECIDO EN UN 77% DESDE LA PRIVATIZACIÓN EN 1992.

RESUMIENDO EL IMPACTO ECONÓMICO DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS EN LA ECONOMÍA GENERAL DEL PAÍS EN LA ECONOMÍA DE LAS EMPRESAS REGULADAS ES POSIBLES MENCIONAR LAS SIGUIENTES, QUE SI BIEN NO SE AGOTAN EN SU MENCIÓN, REPRESENTAN EL BARICENTRO QUE AFECTA GRAVEMENTE AL SECTOR. ELLAS SON:

- ✓ Pérdida de ingresos equivalentes al impacto que la devaluación de nuestra moneda (peso) registra respecto de la moneda sobre la cual los inversores hicieron sus proyecciones (dólar estadounidense) y decidieron, en consecuencia, su inversión.
- ✓ Desequilibrio entre los ingresos por el servicio de distribución (en pesos y que no sufrieron ajuste alguno desde julio de

1999) y costos de operación y financieros, una parte importante de los cuales fluctúa en función de la variación del tipo de cambio y de los índices de precios internos.

- ✓ Indeterminación sobre la vigencia de los mecanismos de traslado a las tarifas de las variaciones de los costos de adquisición del gas natural a los productores ("pass through"), y de los cambios en los impuestos, que aseguraban, que los mismos no provocasen pérdidas o beneficios, salvo por el impuesto a las ganancias, a la Distribuidora.

- ✓ Aumento del capital de trabajo inmovilizado, dado que -en un contexto con distorsión de precios e inflación- se hace imposible continuar aplicando técnicas de eficiencia en la gestión de provisión de insumos operativos.

- ✓ Destino de fondos provenientes de la depreciación de los activos fijos para sostener la estructura de costos de operación, reduciendo de esa forma el nivel de inversiones, a fin de compatibilizarla con la generación de fondos propios, dada la imposibilidad de obtener financiamiento a tasas y plazos razonables.

- ✓ Desequilibrio entre los ingresos en moneda local y los compromisos financieros asumidos mayormente en moneda extranjera, lo que provoca la imposibilidad de honrar los pagos de capital y servicios de intereses, situando a la compañía en una situación de "default" con significativas consecuencias.

- ✓ Imposibilidad de iniciar con los acreedores financieros la renegociación de las deudas existentes, ante la falta de un horizonte claro de tarifas.

5. CONSECUENCIAS INMEDIATAS Y PERSPECTIVAS DE MEDIANO Y LARGO PLAZO:

La persistencia de las medidas económicas y políticas antes descritas, representan el consiguiente riesgo de que produzcan, entre otras, las siguientes consecuencias negativas:

- ❖ SUSPENSION DE LOS PLANES DE INVERSION E IMPACTO NEGATIVO DEL EFECTO MULTIPLICADOR DE ESAS INVERSIONES EN LA ECONOMIA GENERAL DEL PAIS.
- ❖ DETERIORO DE LA CALIDAD DEL SERVICIO Y SUSPENSION DE LA INCORPORACION DE NUEVA TECNOLOGIA Y MODERNIZACION DEL SECTOR.
- ❖ REDUCCION DE PLANTELES DE PERSONAL DE PRESTADORES, CONTRATISTAS, SUBCONTRATISTAS Y PROVEDORES DE LA INDUSTRIA.
- ❖ DESALIENTO Y RIESGO CIERTO DE RETIRO DE INVERSORES INTERNACIONALES, PRESTADORES, OPERADORES O INVERSORES INSTITUCIONALES.

- ❖ RECLAMO GENERALIZADO DE INVERSORES INTERNACIONALES EN EL SECTOR, ANTE TRIBUNALES U ORGANISMOS DE ARBITRAJE INTERNACIONAL (CASO DEL CIADI) POR APLICACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR LA ARGENTINA PARA LA DEFENSA Y PROTECCION DE LA INVERSION EXTRANJERA.

- ❖ CAIDA PRONUNCIADA DE LA IMAGEN ARGENTINA ANTE LA COMUNIDAD INVERSORA INTERNACIONAL DENUNCIADA COMO INCUMPLIDORA DE SUS COMPROMISOS.

Como conclusión final de este capítulo podemos afirmar que el atraso tarifario, producto de un arbitrario y discriminatorio congelamiento de precios para el sector, y la suspensión unilateral, dispuesta por las normas gubernamentales, de la aplicación de cláusulas de ajuste contractual y legalmente previstas, ponen a las empresas

de Transporte y Distribución de Gas Natural en una situación que encierra riesgos ciertos de colapso para el sistema.

Quienes habrán de sufrir las consecuencias mas negativas en esa eventualidad son los clientes cautivos del sistema.

Por tal razón las compañías Transportistas y Distribuidoras, así como el Estado Nacional - en su calidad de Organo Concedente para la prestación de estos Servicios Públicos - deberán ser conscientes de la necesidad de diseñar alternativas creativas para adecuar las tarifas aplicables a los sectores de menores ingresos, pero en el marco de una readecuación tanto en las tarifas residenciales de alto consumo como para las industriales.

LA APELACIÓN A LA JURISDICCIÓN ARBITRAL INTERNACIONAL:

Por la importancia y trascendencia de las cuestiones planteadas conforme lo mencionado en los capítulos precedentes, es conveniente hacer una breve referencia a la eventual intervención de Árbitros Extranjeros, conforme lo que se menciona a continuación.

La situación creada ha obligado a las Licenciatarias Argentinas a evaluar muy seriamente y decidir la conveniencia de recurrir a las soluciones arbitrales internacionales previstas en los tratados de promoción y protección recíproca de las inversiones suscriptos por la Argentina.

A fin de generar confianza en el país y promover el ingreso de inversores extranjeros, el Gobierno Argentino promovió oportunamente la suscripción de diversos tratados tendientes a intensificar la cooperación económica entre los estados y crear condiciones favorables para las inversiones extranjeras en nuestro país y argentinas en el extranjero.

Entre los Tratados de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones suscriptos se destacan los firmados con Francia (ley N° 24.100), España (ley N° 24.118), Italia (ley N° 24.122), Estados Unidos (ley N° 24.124), Canadá (ley N° 24.125), Gran Bretaña (ley N° 24.184), Bélgica y Luxemburgo (ley N° 24.123), Suiza (ley N° 24.099), Suecia (ley N° 24.117), los Países Bajos (ley N° 24.352), Austria (ley N° 24.328),

Hungría (ley N° 24.335), Polonia (ley N° 24.101), Egipto (ley N° 24.248), la República Popular China (ley N° 24.325), Turquía (ley N° 24.340) y Chile (ley N° 24.342).

A fin de alcanzar el objetivo perseguido, los tratados mencionados: i) definieron como inversión a los activos tales como bienes, derechos o intereses de cualquier naturaleza;

ii) extendieron la protección a las ganancias de las inversiones y sus reinversiones, y

iii) establecieron como única forma de privar a un inversor extranjero de su inversión a la expropiación pública, previo pago del valor del bien expropiado a precio de mercado.

Tales convenios prevén expresamente la posibilidad de someter los conflictos que se presenten a la jurisdicción nacional o a arbitraje internacional ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.) ó un arbitraje "ad-hoc" de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.).

Lo expuesto en los párrafos precedentes demuestra que las decisiones políticas y económicas adoptadas por el Estado Nacional Argentino causa perjuicios significativos a las empresas, al Estado Nacional (en cuanto afecta directamente su modelo de gobierno del sector, afecta su potestad de control, la calidad del servicio que pretende garantizar y la competencia que se quiso lograr y perjudica la imagen del país frente a los inversores argentinos y extranjeros), y a los propios clientes.

Debo en esto ser realista: los cambios ocurridos en los últimos años han colocado a nuestro país no en el primer mundo, sino a sus puertas, a la vista de los más importantes actores internacionales. Ya no se puede -salvo que se asuma el carísimo precio- ser improvisado, cambiante, desdecirse y desobligarse amparado en el poder soberano, anteponer ideologías a la matemática, en suma, volver a las conductas, premisas y políticas que llevaron a la Argentina al lugar donde cayó hacia fines de la década del '80.

6. LECCIONES APRENDIDAS:

EL SECTOR ENERGETICO NACIONAL, QUE TIENE A SU CARGO LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PUBLICOS DE TRANSPORTE Y DISTRIBUCIÓN DE GAS NATURAL, NO ES UNA ISLA.

LA CRISIS GENERALIZADA DE LA ECONOMIA ARGENTINA LO AFECTA SERIAMENTE.

NO OBSTANTE ELLO EL SECTOR MANTIENE SUS PARAMETROS OPERATIVOS DE PRESTACION DE LOS SERVICIOS TODAVIA VIGENTES Y BAJO UN RAZONABLE CONTROL.

UNA DE LAS RAZONES DE ESTA REALIDAD ES QUE LA CRISIS NO SE HA GENERADO INTRA SISTEMA.

ES DECIR, POR FALENCIA DE ALGUNO DE LOS PARAMETROS CONSTITUTIVOS DEL MARCO REGULATORIO.

SINO QUE SE HA GESTADO EXTRA SISTEMA.

OCASIONADA POR MEDIDAS ECONOMICAS GENERALES QUE IRRUMPIERON EN LA ORGANIZACIÓN DE LA INDUSTRIA PROVOCANDO LA ABRUPTA RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONOMICO FINANCIERO INTERNO DEL SECTOR.

UN EJEMPLO DE ELLO HA SIDO LA REDIFINICION DEL REGIMEN TARIFARIO AL DISPONERSE, POR LEY DEL CONGRESO PERO EN CONTRA DE LOS MARCOS REGULATORIOS, LA TRANSFORMACION DE LOS CUADROS TARIFARIOS CAMBIANDO LA MONEDA DE CALCULO, EL DÓLAR ESTADOUNIDENSE, POR LA MONEDA ARGENTINA. CON IGUALES EXPRESIONES NOMINALES (UNO A UNO) PERO CON VALORES INTRINSECOS ABSOLUTAMENTE DISTINTOS Y DEVALUADOS RESPECTO DEL DÓLAR.

A ELLO SE LLEGO POR EL PROCESO DEVALUATORIO DE LA MONEDA.

ADEMAS DEBE AGREGARSE A ESTA CONSECUENCIA NEGATIVA OTRAS DE ENORME REPERCUSION EN LA ECONOMIA DE LAS EMPRESAS.

DE ACUERDO A LAS NUEVAS DISPOSICIONES, LAS EMPRESAS PRESTADORAS, ENDEUDADAS EN DOLARES PARA HACER FRENTE AL PROCESO DE INVERSIONES YA EFECTUADAS Y EN PROCESO DE RECUPERACION, DEBEN AFRONTAR SUS PAGOS CON LOS INGRESOS - EN PESOS-

DE LOS NUEVOS CUADROS TARIFARIOS. ESTO ES CON VALORES SUSTANCIALMENTE MAS BAJOS.

LA PRINCIPAL LECCIÓN APRENDIDA ES LA DE LA NECESIDAD DEL RESPETO POR LOS COMPROMISOS ASUMIDOS, LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA PROTECCIÓN DEL INVERSOR.

A ESTOS EFECTOS SE DEBE TENER PRESENTE QUE ESTAS COMPAÑIAS, LUEGO DE HABER INVERTIDO INGENTES CANTIDADES EN EL SECTOR PARA LA MEJOR PRESTACIÓN DEL SERVICIO, APOSTO A LA SEGURIDAD DE LA PROMESA ESTATAL PARA EL RECUPERO DE DICHOS FONDOS.

HOY ASISTIMOS AL RIESGO QUE ESTA SITUACIÓN DE INCUMPLIMIENTO DE ESAS PROMESAS, SE PROLONGUE SIN SOLUCIÓN CIERTA EN UN PLAZO RAZONABLE, PROVOCANDO DAÑOS IRRECUPERABLES A LAS EMPRESAS, INVERSORES Y CONSUMIDORES.

POR ESTAS RAZONES, RESULTA IMPERIOSO EL RESTABLECIMIENTO DE LOS INGRESOS DE TODA LA

CADENA QUE COMPRENDE LA INDUSTRIA DEL GAS, CON EL
FIN DE ASEGURAR EL SUMINISTRO Y SOSTENER LA
CAPACIDAD PRODUCTIVA Y CALIDAD DE VIDA, COMO ASÍ
TAMBIEN LA NECESIDAD DE RESPETAR LOS COMPROMISOS
INTERNACIONALES ASUMIDOS POR EL PAÍS PARA
RESTABLECER LA CREDIBILIDAD DE LA REPUBLICA
ARGENTINA, EN AMBITOS INTERNACIONALES.

30/09/2002.