



IAPG

FIE ENERGIA

octubre de 2003  
Buenos Aires - Argentina

del Sistema Regulador Argentino

**FORO INTERNACIONAL  
DE ENERGÍA**  
**La energía en el siglo XXI**  
**2º premio 'aspecto legal'**

IAPG

INSTITUTO ARGENTINO  
DEL PETRÓLEO Y DEL GAS

# El crecimiento de los sistemas de distribución y la seguridad jurídica



Por *Leonardo Massimino*

Continuando con la difusión de los trabajos ganadores del concurso organizado por el IAPG con motivo del Foro Internacional de Energía (Buenos Aires, 6 al 10 de octubre de 2003) sobre "La energía en el siglo XXI", publicamos el trabajo que obtuvo el segundo premio en el "Aspecto legal" a cargo de Leonardo Fabián Massimino.

El trabajo se refiere al régimen jurídico que regula el crecimiento de los sistemas de distribución de gas natural en la República Argentina y, más específicamente, a la situación problemática que se presenta cuando se pretenden desarrollar obras que viabilizan el acceso al servicio público de gas a los usuarios (residenciales, industriales, usinas, etc.) en un área de servicio determinada.

La versión completa podrá consultarse en la biblioteca del IAPG ([www.iapg.org.ar](http://www.iapg.org.ar)).

## Planteo de la situación problemática

El tema de este trabajo se refiere al régimen jurídico que regula el crecimiento de los sistemas de distribución de gas natural en la República Argentina y más específicamente a una situación problemática que se presenta cuando se pretenden desarrollar las obras que viabilizan el acceso al servi-

cio público de gas a los usuarios (residenciales, industriales, usinas, etc.) en un área de servicio determinada.

La situación problemática se suscita cuando la distribuidora de la zona ejerce su derecho de prioridad previsto en el marco regulatorio para llevar adelante la construcción y/u operación de las ampliaciones o extensiones del sistema de distribución en un área determinada y se presenta un tercero interesado en llevar a cabo dichas ampliaciones. En caso de que las partes no lleguen a un acuerdo sobre el particular, la normativa dispone que el Enargas debe resolver la controversia siendo facultad de la autoridad regulatoria disponer que la ejecución y/u operación de la obra sea efectuada por el prestador o el tercero interesado, atendiendo al *criterio de mayor conveniencia para el usuario final* (cfr. art. 16 de la ley de gas).

El marco regulatorio consagra el derecho de prioridad de la distribuidora para el desarrollo de las obras de gas dentro de su área de servicio y, en tal sentido, se dispone que previo a recurrir ante el Enargas, el tercero interesado debe "agotar los trámites" ante la distribuidora de la zona (cfr. art. 1, res. 10, art. 1 res. 35 y concs.). Sin embargo, el marco regulatorio carece de pautas explícitas respecto de que gestiones mínimas debe realizar el tercero interesado para considerar que se "han agotado tales trámites" lo cual, si bien en apariencia resguarda los derechos de las partes, en realidad se transforma en un mero ritualismo y una fuente de conflicto entre los actores del sistema. Al mismo tiempo, si bien se requiere a las distribuidoras implementar un procedimiento transparente y competitivo para llevar a cabo sus contrataciones (cfr. art. XVI RBL), la regulación vigente y la jurisprudencia regulatoria tampoco explicitan los lineamientos que deben tenerse en cuenta en caso de que se presenten múltiples propuestas para la realización de las obras.

En ese marco, el problema de nuestro trabajo podría plantearse genéricamente preguntándonos de qué manera es posible contribuir a la seguridad jurídica en el desarrollo de los sistemas de distribución en nuestro país. Especificando aún más, nos planteamos ¿cuáles son los lineamientos o aspectos que deben ser tenidos en cuenta a efectos de establecer la comparabilidad entre diferentes ofertas o propuestas en aquellos casos

en los que exista más de un interesado en llevar a cabo la realización de las obras destinadas a la prestación del servicio público de gas natural?

## El marco teórico del proyecto de investigación

El marco teórico de nuestra investigación se integra por la normativa vigente en extensión de redes (**régimen de extensión de redes**) y la jurisprudencia regulatoria en esa materia.

En la época en que el servicio se encontraba en manos del Estado nacional, las expansiones de redes se realizaban básicamente mediante el aporte solidario de los usuarios, que querían que la red llegara a la esquina de sus casas, instrumentado a través de regímenes específicos que las autoridades dictaban a esos fines.<sup>1</sup>

Dichos regímenes jurídicos no contemplaban mecanismos competitivos<sup>2</sup> y, en consecuencia, no suministran aspectos que puedan ser utilizados o tomados en cuenta en nuestro análisis.<sup>3</sup>

En otro orden, también debe repararse en que no existen en la doctrina jurídica iusadministrativista nacional análisis o estudios referidos al crecimiento de los sistemas de distribución. Los trabajos que pueden estar referidos al sector eléctrico resultan limitados pues, si bien el marco regulatorio de sendas actividades (gas y electricidad) responden a principios similares, las respectivas regulaciones contienen soluciones diferentes para las extensiones de redes o, mejor dicho, en el segmento de distribución eléctrica no se presenta el mismo inconveniente que en el de gas.<sup>4</sup>

En cambio, si bien aún no existen pronunciamientos judiciales firmes respecto de la situación problemática señalada, la práctica regulatoria sí muestra una importante cantidad de resoluciones emanadas de la autoridad regulatoria referidas al tema que aquí abordamos. Por esa razón, los casos más representativos que exhibe la práctica regulatoria integran nuestro marco teórico de investigación de manera ineludible.

En ese marco y a modo de **hipótesis de trabajo** sostenemos que es posible contribuir a la seguridad jurídica en el desarrollo de los sistemas de distribu-

ción preestableciendo y explicitando cuáles son los criterios utilizados para definir los conflictos que se presentan en esta materia. En tal sentido, sostenemos que en aquellos casos en los que existe más de un interesado en construir obras de gas natural, el **régimen de expansión de redes** y la jurisprudencia regulatoria no explicitan ni establecen los lineamientos que permitan una comparabilidad entre diferentes ofertas con el fin de determinar cuál de ellas es la más conveniente para el desarrollo de las obras. Por esa razón, arrojar luz sobre dichos lineamientos contribuirá a la consecución de la tan ansiada seguridad jurídica en la industria.

## Aclaraciones

En este punto es conveniente precisar dos supuestos básicos de este trabajo:

- 1) Se encuentra en trámite el proceso de renegociación de los contratos de concesión y licencia dispuesto mediante ley de emergencia pública y de reforma del régimen cambiario, decreto 311/03 y concs. Dado que mediante ley N° 25.790 se prorrogó la renegociación de los contratos hasta fines del año 2004, cualquier propuesta o análisis debe ser compatible con dicho marco normativo a efectos de no introducir modificaciones a las licencias que no respondan a un mutuo consentimiento entre las partes de ese proceso;
- 2) Así mismo, el **régimen de extensión de redes** que analizamos en este trabajo no fue modificado ni derogado por la normativa de emergencia por lo que se encuentra plenamente vigente.

## La justificación del tema

El estudio que realizamos en este trabajo es especialmente necesario en el marco de la situación actual que atraviesa el país en general y los servicios públicos en particular como consecuencia de la ley de emergencia dispuesta por el gobierno nacional. El análisis que aquí efectuamos, desde que profundiza en la problemática del crecimiento de los sistemas de distribución de gas y la viabilidad del acceso al servicio público de los usuarios, resulta de particular interés para estos, las empresas presta-

doras y las autoridades públicas.

En primer lugar, para los potenciales usuarios el marco actual de emergencia suscita una paradoja motivada por la manifiesta distorsión de precios del gas natural y sus combustibles sustitutos: quienes más gastan en consumo energético son los que menos pueden pagar.

En todas esas zonas donde los gasoductos y el gas no llegan, donde no hay consumo suficiente o están muy alejadas de los conductos troncales y los yacimientos, muchas de las cuales son asentamientos de poblaciones pequeñas y grupos humanos de bajos recursos con economías de subsistencia, los combustibles que reemplazan al gas son la leña, el carbón y el GLP o gas en garrafas.<sup>5</sup> Es allí donde hay que plantear los resultados que podrían derivar de mecanismos competitivos en la construcción de obras de gas, buscando mejorar los ingresos globales de esos destinatarios –generalmente, los grupos sociales menos favorecidos– o reduciendo los costos de esas obras mediante mecanismos como el que propiciamos en nuestro trabajo.

Por su parte, desde una perspectiva empresarial, el desarrollo de las obras de gas requiere de inversiones importantes y un marco de estabilidad que permitan su recupero. Es imprescindible establecer mecanismos que permitan el desarrollo de las obras de gas natural sin violentar los derechos de los prestadores establecidos –que actualmente se encuentran sujetos a renegociación de las respectivas licencias según lo dispuesto por el Estado nacional mediante ley N° 25.561, dec. 311/03 y concs.–.

El análisis que aquí efectuamos no es menos importante para las autoridades. La transparencia de los lineamientos que se tienen en cuenta para merituar las decisiones referidas a las extensiones de redes o ampliaciones de los sistemas de distribución: (i) garantiza que las ofertas que se presenten para llevar a cabo las extensiones de redes internalicen todos los costos –directos e indirectos– de realización de obras; (ii) permite la comparabilidad de las ofertas sobre bases objetivas y preestablecidas; (iii) desincentiva la presencia de subsidios cruzados entre la construcción de las obras y otros conceptos (vgr. prestación del servicio) como lo requiere el art. 41 de la ley de gas; (iv) transparenta todos los costos involucrados en la construcción de obras a efectos de asegurar un

derecho a la información veraz para el usuario conforme lo requiere el artículo 42 de la onstitución Nacional y (v) facilita el control regulatorio según lo dispuesto en el marco regulatorio (cfr. art. 16, 52 y concs. ley de gas).

## Los objetivos del proyecto de investigación

El objetivo general de este trabajo es **proponer** los lineamientos generales que permitan establecer una comparabilidad entre diferentes ofertas que se presenten para realizar una ampliación de los sistemas de distribución para aquellos casos en los que se presentan más de un interesado en llevar a cabo tal ampliación (**la propuesta**).

Los objetivos particulares son: (i) **describir** los pasos que debe realizar un **tercero interesado** en la realización de las obras para agotar los trámites ante la Distribuidora o arribar a un acuerdo con ésta a esos fines y (ii) **determinar** cuáles son los aspectos que deben tenerse en cuenta para la determinación del criterio de mayor conveniencia para el usuario final, a la luz del marco regulatorio y de la jurisprudencia regulatoria.

## El desarrollo del trabajo de investigación

### El marco regulatorio

La ley N° 24.076 y su reglamentación prevén dos actividades diferentes: "la prestación del servicio de distribución de gas natural" y "la realización o construcción de obras de gas natural" y somete a cada una de ellas a un régimen jurídico específico y diferenciado. Atento a la necesaria conexión existente entre "la obra" y "el servicio" al que ésta se destina, sendos regímenes también poseen puntos en contacto y deben interpretarse armónicamente de manera que la aplicación de uno no importe la negación del otro y viceversa. Veamos.

### La prestación del servicio de distribución de gas natural (régimen de prestación del servicio público)

El marco regulatorio contiene normas que se refieren a la organización y al funcionamiento del servicio

público de distribución de gas natural (cfr. capítulos "I. Objeto"; "IV. Transporte y distribución", "VII. Prestación de los servicios").

Las actividades de transporte y distribución de gas natural han sido declaradas un servicio público nacional (artículo 1, ley N° 24.076) y deben ser realizadas por personas jurídicas de derecho privado a las que el Poder Ejecutivo haya habilitado mediante el otorgamiento de la respectiva licencia (cfr. art. 4, ley de gas).

El otorgamiento del título habilitante (licencia) fue el resultado de la licitación pública internacional N° 33-0150 convocada por el Estado nacional en el que participaron interesados de todo el mundo. A los fines de cumplir las razones que inspiraron la privatización, la prestación del servicio se otorgó bajo un régimen de exclusividad a quien formuló la oferta más conveniente en cada área de servicio por el término de treinta y cinco años en los términos de la habilitación.<sup>6</sup>

### La realización o construcción de obras de gas natural (régimen de expansión de redes)

El conjunto normativo que regula la expansión de las obras de gas natural se integra por el artículo N° 16 de la ley 24.076 y su decreto reglamentario N° 1738/92, el punto 8.1.3 de las RBL y los puntos 5, 6 y 7 del reglamento de servicio, obrantes en el anexo B del decreto N° 2255/92.<sup>7</sup> En los apartados siguientes analizaremos estas disposiciones focalizando en los aspectos relevantes para nuestro estudio.

### El tercero interesado

El primer concepto que debe ser precisado es el de **tercero interesado** en llevar a cabo una expansión de redes. En términos generales, puede señalarse que sólo puede ser **tercero interesado** un sujeto de derecho privado, sea que se constituya desde el inicio del emprendimiento como tal (cfr. art. 8.1.3. de las RBL) o por haber sido un sujeto de derecho público que debió transformarse en persona de derecho privado como consecuencia de lo requerido por el artículo 4, segundo párrafo de la ley de gas.

Al respecto, el marco regulatorio dispuso que las personas jurídicas de derecho público no pueden ser presta- ▶

tarias del servicio público (las que sólo pueden hacerlo en los casos de excepción y transitorios establecidos en el marco regulatorio) ni tampoco pueden ser titulares de los activos afectados al servicio.<sup>8</sup> En el mismo sentido, dispuso el deber de transferir los activos a sujetos de derecho privado o convertirlos en personas de ese tipo según la reglamentación del precepto. Esto es un corolario del principio de subsidiariedad del Estado en la prestación del servicio público consagrado constitucionalmente (cfr. art. 42 CN) y el artículo 4 de la ley de gas que únicamente admite a un sujeto de derecho público en ese rol en caso de que no exista o sea insuficiente la participación del sector privado en la prestación.<sup>9</sup>

Además, un tercero interesado no puede delegar (vgr. por concesión u otro título) el servicio a otra persona debido al *carácter intuitu personae* del prestador del servicio y/o ejecutor de las obras de gas.<sup>10</sup> Este aserto se confirma con el punto 8.1.3. de las RBL que ordena que los terceros interesados que constituyan una sociedad de derecho privado para hacerse cargo del servicio. Así mismo, el inciso 6 del decreto 1738/92 señala que "siempre que el ente habilite a un tercero a operar, a cargo del mismo...", si así se dispone una vez cumplidos los requisitos de la regulación.

### El trámite o procedimiento ante la licenciataria de la zona El régimen de expansión de redes

establece una serie gradual y concatenada de actos que deben realizar los sujetos (tanto los regulados como el regulador) a efectos de la ampliación de los sistemas de distribución. Veamos.

#### a) **Si la obra está prevista en la habilitación, la distribuidora debe realizarla según lo allí previsto.**

En este supuesto quedan comprendidas, por ejemplo, aquellas obras establecidas inicialmente en el anexo I de las RBL ("inversiones obligatorias"), las obras que ejecuta la distribuidora en el marco de los programas de inversión en los términos del art. 9.4.1.1. de las RBL (factor K), las obras complementarias de esos proyectos de inversión y todas aquellas obras que la distribuidora tenga previsto desarrollar según un cronograma de inversiones que hubiera informado a la autoridad regulatoria con la finalidad señalada.

#### b) **Si la obra no está prevista en la respectiva habilitación, las cooperativas y/o el tercero interesado en su realización debe manifestar a la distribuidora su interés en la realización de la obra en forma precisa y completa (cfr. art. 6 RdS).**

Este requisito es un corolario de la doctrina del artículo 1148 del Código Civil que establece que no basta con manifestar una mera voluntad o un mero interés para celebrar un acuerdo. Para que la distribuidora pueda ejercer su derecho de "aceptar" o "no aceptar" la realización de la obra, la manifestación del tercero debe ser formulada en forma legal, conteniendo los elementos estructurales o esenciales del negocio que se pretende. La mera manifestación es jurídicamente irrelevante.<sup>11</sup>

El interés que manifiesta el tercero debiera estar referido a la realización de la obra y no a otros aspectos ajenos a ese concepto (por ejemplo, operación o explotación comercial de la misma). Como vimos, el artículo 16 de la ley de gas se refiere al régimen de ampliación de los sistemas –realización de las obras– y no a la prestación del servicio público que se regula en el artículo 4 de ley 24.076.

#### c) **La distribuidora tiene la prioridad para llevar a cabo la realización de la Obra.**

El derecho prioritario de la prestadora en realizar las obras ha sido consagrado explícitamente en el marco regulatorio en el art. 6, dec. 2255/92 e inc. (4) art. 16, dec. 1738/92. El procedimiento que debe seguir la distribuidora para la realización de la obra debe ser transparente y competitivo y, en tal sentido, debe contar con el debido control de la autoridad regulatoria (cfr. cap. IX, RBL). Según esa normativa, el ejercicio del derecho de prioridad de la distribuidora en la realización de la obra excluye el interés que pueda formular un tercero en el mismo sentido. Cuando se presenten varias propuestas para la ejecución de las obras, la distribuidora debe aplicar un procedimiento transparente y competitivo con el debido control de la autoridad regulatoria para llevar a cabo las contrataciones respectivas.<sup>12</sup>

Sin embargo y como adelantamos al comienzo, el marco regulatorio carece de pautas para dirimir o establecer esas diferencias provocando la situación conflictiva que se traduce en una postergación de la realización de las obras y, en tal sentido, en el acceso al servicio público de parte de quienes más lo necesitan. Por esa razón focalizaremos nuestra atención en establecer pautas que permitan, cuando la distribuidora ejerce el derecho de prioridad en la prestación del servicio y existan múltiples interesados en la construcción de las obras, seleccionar la oferta más conveniente para esa construcción. En nuestro entendimiento, dichas pautas permitirán solucionar la situación problemática que describimos resguardando los derechos de todos los actores involucrados.

#### d) **Teniendo en cuenta el derecho prioritario de la distribuidora en realizar la obra, el prestador de la zona y el tercero interesado pueden llegar a un acuerdo sobre su realización.**

En el marco de este acuerdo puede ser requerido un aporte al interesado (cfr. art. 16 inc. c) ley de gas), lo cual no lo convierte a éste en propietario de las instalaciones (cfr. art. 6, dec. 2255/92). En las gestiones, las partes deben exhibir una verdadera voluntad negociadora. No resulta posible arribar a un acuerdo o consensuar –como lo exige la normativa– con quien no está dispuesto a hacerlo. El imperativo de "...arribar a un acuerdo..." entre las partes interesadas y la obligación del tercero de "...agotar los trámites ante la distribuidora..." (art. 1, res. 10/93) fundamentan esta exigencia legal que no es un mero ritualismo sino que requiere una actitud activa tendiente a lograr ese consentimiento sobre el modo de realización de las obras. En coincidencia con ello, se ha sostenido que para negociar "...más allá de un cúmulo inútil de papeles, es implícito el derecho a ser oído y a expresar las pretensiones y para que éste no se convierta en un ritualismo inútil, en tanto el derecho a ser oído es un derecho transitorio, que requiere alguien que quiera escuchar para poder ser real y efectivo".<sup>13</sup>

#### e) **En caso de que no lleguen a un acuerdo, el Enargas debe resolver**

**la cuestión, conforme el criterio de mayor conveniencia para el usuario final.**

En este supuesto, la regulación vigente supone que deben agotarse las posibilidades de asistencia económica de la comunidad para que la obra sea económicamente razonable y la misma se realice a través del concesionario autorizado. En ese sentido, se ha dicho que: "...los incisos b) y c) del artículo 16 prevén que en caso de que las obras no previstas en el contrato de concesión a ser realizadas por el concesionario, *se deberá en primer lugar agotar las posibilidades de asistencia económica de la comunidad, para que la obra sea económicamente razonable y se realice a través del concesionario autorizado...*"<sup>14</sup>

En ese marco, el Enargas queda facultado para disponer de la ejecución y/o operación de la obra efectuada por el prestador o por el tercero interesado. En aquellos casos en los que la adjudicación recaiga en éste último –supuesto de excepción a la luz de lo dispuesto por art. 16, ley de gas–, el solicitante debe hacerse cargo íntegramente de su costo (cfr. incs. (4) y (5) art. 16, dec. 1738/92).

**f) Por regla, la prestación del servicio debe estar a cargo de la distribuidora; por excepción, a cargo del tercero interesado.**

Según surge de los postulados precedentes, corresponde a la distribuidora la prestación del servicio público (por haber sido seleccionada en un procedimiento de licitación pública a esos fines). Excepcionalmente, esa prestación puede ser realizada por un tercero interesado en la medida que:

- (i) el interesado haya manifestado en forma legal su interés a la distribuidora en la realización de la obra;
- (ii) la distribuidora haya declinado expresamente ese derecho;
- (iii) la distribuidora y el tercero no hayan llegado a un acuerdo (en cuyas gestiones el tercero interesado evidencie interés concreto en negociar);
- (iv) se excluya toda posibilidad de que la realización de la obra por parte de la distribuidora es la alternativa de mayor conveniencia para el usuario final (pues en tal caso se puede disponer que la operación corresponde a la distribuido-

ra y al tercero la realización de la obra); y, (v) el tercero interesado se haga cargo íntegramente de su costo ya que si se requieren aportes de terceros o la abona un tercero distinto del solicitante, la distribuidora posee la prioridad.

**El concepto de mayor conveniencia para el usuario final**

La metodología común de la teoría moderna de la regulación económica de los servicios públicos es la búsqueda de los principios de la regulación óptima de

tarifas y requerimientos de calidad para empresas que operan en mercados naturalmente monopolísticos, donde la competencia no puede realizar tal tarea.<sup>15</sup>

En ese entendimiento y como el Enargas fija las normas mínimas de calidad de servicio, tanto en lo comercial como en lo técnico, podría asumirse que no deberían haber diferencias en este aspecto entre un distribuidor y un tercero interesado. Por ello, las diferencias entre las propuestas podrían centrarse en el aspecto económico.

Al momento de suscitarse la competencia entre la distribuidora y un terce- ▶

AUTOS	RES. MJ	FECHA	REF.
"Gas del Sur c/ Distribuidora de Gas Cuyana SA" (Expediente Enargas N° 2753)	N° 157/97	15/04/97	Caso 1
"Gas del Sur SA y Distribuidora de Gas Cuyana SA" (Expediente Enargas N° 3503)	237/99	18/05/99	Caso 2
"Municipalidad de Villa Gesell y otro c/ Camuzzi Gas Pampeana SA" (Expediente Enargas N° 948)	240/99	06/07/99	Caso 3
"Cooperativa de provisión de agua potable, gas natural y otros servicios públicos de Humboldt Ltda. c/ Litoral Gas SA" (Expediente Enargas N° 2053)	120/96 y 244/99	24/09/96 06/09/99	Caso 4
"Distribuidora de Gas del Centro SA c/ EMPRIGAS SA" (Expediente Enargas N° 3369)	N° 290/00	22/06/00	Caso 5
"Municipalidad de Pinamar c/ Camuzzi Gas Pampeana SA" (Expediente Enargas N° 4395)	N° 370/01	07/06/01	Caso 6

ro interesado podría plantearse que éste último ofrezca mayores bonificaciones a los usuarios o el cobro de tarifas menores.<sup>16</sup> Ahora bien ¿este tipo de propuestas son viables regulatoriamente? O en su caso, ¿cuál/es serían las limitaciones regulatorias para la formulación válida de esas propuestas?

Existen algunas premisas importantes que deben verificarse para establecer la validez de las propuestas y merituar el criterio de mayor conveniencia para el usuario final. Ellas son: (i) el prestador no puede dejar de recuperar sus costos; (ii) tampoco puede realizar una propuesta que importe un tratamiento injustamente discriminatorio y (iii) ni que la propuesta importe o prevea la realización de subsidios cruzados.

**(i) El prestador no puede dejar de recuperar sus costos**

Esta restricción responde al interés de la regulación en evitar la desinversión en el sistema y la realización de prácticas predatorias que se encuentran vedadas por el art. 41 de la ley N° 24.076. Todo ello a efectos de preservar la calidad en el servicio y eficiencia en su prestación.

En relación con los costos mínimos que debe cubrir el prestador se señaló que: "...cualquier servicio público que, por económico, sea deficiente o coloque en peligro las condiciones futuras de la prestación indubitadamente gravita en contra del interés público de los organismos competentes para la fijación de tarifas que deberían tutelar prioritariamente; por ello, el

nivel tarifario mínimo debe asegurar un básico de mantenimiento eficiente de los bienes utilizados para el suministro de la prestación...".<sup>17</sup>

En suma, teniendo en cuenta el sistema tarifario previsto en el marco regulatorio (*price cap* con revisiones quinquenales de tarifas), **no podría establecerse la tarifa como un elemento para definir el criterio de mayor conveniencia para el usuario final**, pues no podría sostenerse lisa y llanamente que toda y cualquier baja de tarifas –por sí sola– puede ser aceptada a esos fines ya que ello repercutiría directamente en la calidad y eficiencia del servicio público.

**(ii) El cliente no debe recibir un trato discriminatorio**

La aplicación del principio de igualdad entre los potenciales usuarios comprendidos en la oferta y aquellos que ya gozan del servicio público es una consecuencia necesaria del artículo 16 de la Constitución Nacional. En virtud de este principio serían objetables

aquellas propuestas que establezcan condiciones –tarifarias o de servicio– más convenientes para los usuarios comprendidos dentro de la zona que es objeto de ampliación en desmedro de los restantes o viceversa (más beneficiosos para estos en perjuicio de aquéllos). En virtud de que las pautas de la fijación de las tarifas resultan de la ley N° 24.076 y su reglamentación (cap. IX RBL y concs.), es fundamental tutelar que todos aquellos a quienes se le suministra el servicio sean tratados de manera similar en igualdad de condiciones y, de existir diferentes situaciones objetivas, de impedir desigualdades irrazonables o desproporcionadas con las diferencias de condiciones existentes. En armonía con ello, el marco regulatorio dispone que: "ningún transportista o distribuidor podrá aplicar diferencias en sus tarifas, cargos, servicios o cualquier otro concepto, excepto que tales diferencias resulten de distinta localización, tipo de servicios o cualquier otro distinguiendo ▶

**Subdistribuidores según título habilitante otorgado desde el 28 de diciembre de 1992**

Resolución	Cantidad SDB	
Porcentual		
Acto administrativo (art. 52 LG)	53	80
Materialmente jurisdiccional (art. 66 LG)	13	20
<b>Total</b>	<b>66</b>	<b>100</b>

equivalente que pueda aprobar el Ente Nacional Regulador del Gas" (art. 43, ley N° 24.076).

La jurisprudencia norteamericana ha sido fértil en proporcionar una amplia tutela de la igualdad de los usuarios. La regla sostenida en aquel sistema consiste en que un servicio público no puede discriminar injustamente en sus tarifas a consumidores similarmente situados o de la misma categoría<sup>18</sup> o clase de servicio<sup>19</sup>.

### (iii) Prohibición de aplicación de subsidios cruzados

La prohibición de realizar subsidios cruzados es una exigencia que resulta del artículo 41 de la ley de gas.

## La jurisprudencia regulatoria en el crecimiento de los sistemas de distribución

Los casos más salientes presentados en la jurisprudencia regulatoria sobre este tema hasta el presente son los siguientes:

### La evolución de la jurisprudencia regulatoria (etapas)

La evolución de la jurisprudencia regulatoria en esta materia distingue tres períodos:

1) En la **primera etapa**, el accionar regulatorio se encaminó básicamente a resolver los conflictos presentados entre los derechos conferidos a los titulares de los emprendimientos preexistentes a la privatización de GdE con aquellos otorgados a las nuevas licenciatarias. En este período se procuró delimitar el alcance de los derechos de los prestadores anteriores a la privatización a la luz de disposiciones contenidas en el marco regulatorio.

Una vez que los nuevos prestadores tomaron posesión de sus respectivas unidades de negocio se suscitaban los primeros casos en los que debió establecerse el límite de los sistemas de distribución de aquellos emprendimientos aprobados antes de la sanción de la ley N° 24.076 y la necesidad de adecuar dichos emprendimientos a las exigencias establecidas en el artículo 4 de la misma (vgr. res. ENRG MJ N° 235/99, 11/05/99). Con el fin de zanjar las diferencias que pudieran presentarse, el Congreso de la Nación emitió la ley N°

24.348 que adoptó medidas en relación a la defensa de los derechos de titulares de los emprendimientos de distribución de gas ejecutados con anterioridad a la ley N° 24.076.

2) Cuando comenzaron a plantearse conflictos entre las licenciatarias y los terceros interesados en la ampliación de los sistemas de distribución existentes se inició una **segunda etapa** en esta evolución que aquí reseñamos. En este segundo período, el Enagas reivindicó el derecho de prioridad de las distribuidoras en la ejecución y operación de las expansiones de los sistemas de distribución pero relativizó sus alcances a través del establecimiento de algunas excepciones a esa facultad. Dichas excepciones se reflejaron, por ejemplo, en las resoluciones ENRG MJ N° 120/96, 240/99 y 244/99.

3) En una **tercera etapa** que aún transcurre, si bien también se reconoce expresamente el derecho de prioridad de las distribuidoras, se sostiene que existen razones para crear nuevas causales de excepción a ese derecho prioritario con fundamento en su posición dominante en el mercado y argumentos vinculados con la promoción de la competencia.<sup>20</sup>

En virtud de estos pronunciamientos se consolida una tendencia a resolver todos los conflictos que se suscitan en esta materia a favor de terceros diferentes del prestador de la zona e importan una franca modificación de la línea argumental que se desarrollaba hasta el presente (véase res. ENRG MJ N° 290/00 y 370/01).

### El derecho de prioridad y sus excepciones

Las excepciones al derecho de prioridad de la distribuidora acuñadas por la jurisprudencia regulatoria son las siguientes:

- La preexistencia de subdistribuidores a la fecha de sanción del marco regulatorio.
- La declinación expresa por parte de la licenciataria de tal derecho (por nota dirigida al tercero interesado con copia al Enagas).
- El desinterés exteriorizado en la inacción o en la oposición de la licenciataria a un único proyecto presentado por parte de un tercero interesado, más beneficioso para los usuarios (res. ENRG MJ N° 157/97 y 237/99).
- Cuando la licenciataria se limita a

exponer retóricamente su interés en construir, operar y mantener las instalaciones, sin adoptar conductas concretas que avalen sus dichos, teniendo como contrapartida a un tercero interesado que sí adoptó tales conductas (interpretación de lo establecido en las res. ENRG MJ N° 240/99).

- Conductas que impliquen un abuso de su posición dominante en el mercado, impidiendo la participación de otros actores como los subdistribuidores (cfr. res. ENRG N° 290/00).
- Acciones que generen discriminación entre los usuarios (cfr. res. ENRG N° 290/00).

### La ejecución de la obra y la prestación del servicio en la práctica regulatoria

En este apartado describiremos las principales características de la práctica regulatoria en sendos aspectos, a saber: (i) las particularidades que presenta el accionar regulatorio respecto del ejercicio de la facultad de disponer que la ejecución y operación de las obras sean efectuadas por el prestador o por un tercero y (ii) cómo ha sido interpretado el concepto de mayor conveniencia para el usuario final, según el art. 16 inc. b) de la ley 24.076.

En relación al primer aspecto y según el marco regulatorio, la autoridad regulatoria puede disponer que: a) la ejecución y operación sean efectuados por el prestador; b) la ejecución y operación sean efectuados por el tercero interesado; c) la ejecución sea efectuada por el tercero interesado y la operación por el prestador incumbente y d) la ejecución sea efectuada por la distribuidora y la operación por el tercero interesado.

Los conflictos suscitados entre las distribuidoras y otros terceros en torno a la aplicación del art. 16 inc. b) de la ley 24.076 muestran que:

1. En la mayoría de los conflictos suscitados en relación a dicha norma se dispuso que la operación y el mantenimiento de las obras fueran realizados por terceros distintos de la licenciataria de la zona, v. gr. res. ENRG MJ N° 120 (24/09/96); res. ENRG N° 244/99 (06/09/99); res. ENRG N° 240/99 (06/07/99), res. ENRG MJ N° 290/00 (22/06/00), res. ENRG

## Anexo I: Aspectos básicos para el desarrollo de las obras

### 1. Aspectos técnicos

#### 1. 1. Introducción

El desarrollo de las obras podrá realizarse en etapas o subsistemas atendiendo a la factibilidad técnico económica de cada etapa y/o subsistema y en atención al cumplimiento de los requisitos establecidos o solicitudes que se hubieren formulado a esos fines por sus destinatarios.

Se destaca que cada subsistema comprende o importa aquella localidad (parte de ella) o conjunto de localidades cuyo aglutinamiento resulta técnica y económicamente conveniente y factible de viabilizar a efectos de optimizar el desarrollo del sistema de distribución en cada una de ellas, siempre que se reúnan los requisitos básicos para esa ejecución dentro de los plazos previstos.

#### 1. 2. Definición del alcance del proyecto de las obras

Tanto el vecino adherente y que contribuirá al repago de las obras, las empresas contratistas que participan en el proceso de licitación, así como también el mercado en general, necesitan conocer el alcance de las obras, su desarrollo y las especificaciones más relevantes en el marco de las cuales serán realizadas.

En virtud de la finalidad señalada, la licenciataria definirá el alcance del proyecto de las obras, para lo cual establecerá mínimamente:

(i) obras que comprende el proyecto (infraestructura, redes, servicios domiciliarios, obras complementarias, etcétera); (ii) manzanas y lotes que cubre el tendido de la red de distribución; (iii) especificaciones técnicas sobre materiales y servicios. Prestaciones de mano de obra: cañerías, diámetros, espesor, cantidad de metros, accesorios y equipos; (iv) lugar de tendido, si comprende o no la reparación de vereda. Discriminación de los trabajos previstos.

#### 1. 3. Cronograma de ejecución

De la misma manera, debe establecerse *a priori* cómo se van a desarrollar las obras, en qué tiempo, con qué previsiones, cuál es el cronograma más conveniente para compatibilizar los intereses de las partes (empresa constructora, distribuidora, potencial usuario, autoridades municipales, etcétera).

A tal efecto se tendrá en cuenta: (i) plazos de ejecución. Plan de trabajo; (ii) fecha de iniciación de obra. Desarrollo. Fecha prevista de finalización; (iii) plan detallado de avance de los distintos trabajos. Curva de inversión para certificación de los trabajos realizados; (iv) penalidades por incumplimientos (atrasos en general).

#### 1. 4. Capacidad de la empresa constructora

En un marco de transparencia e igualdad de condiciones y con el fin de asegurar la participación de aquellas empresas idóneas en el desarrollo de las obras, se requerirá básicamente: (i) acreditación de matrícula habilitante actualizada; (ii) capacidad de obra autorizada; (iii) antecedentes en trabajos similares; (iv) materiales y equipos que dispone para la ejecución de la obra; (v) cumplimiento de la normativa laboral, previsional e impositiva vigente.

#### 1. 5. Permisos y autorizaciones de ejecución de las obras

La obra debe ejecutarse conforme las normas vigentes. Para asegurar su desarrollo dentro de este marco, se requerirá a los proponentes los siguientes requisitos mínimos: (i) obtener de las autoridades competentes (licenciataria, municipalidades, Enargas, reparticiones públicas y/o entidades privadas, etcétera) los permisos y habilitaciones pertinentes; (ii) atención de responsabilidades emergentes de sus propias actividades y las garantías respectivas según práctica del mercado; (iii) cumplimiento de la normativa de higiene y seguridad en las tareas.

### 2. Aspectos comerciales

La propuesta u oferta debe contener un programa que especifique las actividades comerciales que desarrollará el proponente con la finalidad de brindar suficiente asesoramiento del vecino (potencial usuario) antes, durante y después de la realización de la obra; su adhesión como contribuyente de las obras y la celebración de los contratos de obra. Estas acciones comerciales (plan de comunicación) serán adicionales a las previstas en el régimen de publicidad incluido en la resolución ENRG N° 10/93.

#### 2. 1. Costos de la obra y formas de pago

La propuesta deberá contener y explicitar: (i) información adecuada y precisa; (ii) costo total e individual de la obra. Presupuesto detallado, discriminando trabajos y materiales o equipos que involucra. Metodología de cálculo; (iii) cantidad y calidad de los contribuyentes de la obra. Modelos de adhesiones o contrataciones que se pretenden celebrar con los destinatarios de las obras (y que respondan a los lineamientos de la presente); (iv) prorrateo de la obra. Formas, procedimientos, sistemas aplicados para asegurar el repago por sus destinatarios según los principios de equidad y justicia; (v) aportes de la distribuidora. Deberá informar qué comprenden y cómo se aplican, dónde, tiempos, características y cómo inciden en beneficio del vecino adherente; (vi) porcentajes de adhesión mínimos requeridos para comenzar la ejecución de la obra y su continuidad en las etapas siguientes.

### 3. Aspectos financieros

Para hacer viable la ejecución de las obras es necesario agregarle al proceso de contratación y ejecución una financiación adecuada y acorde a la capacidad de los contribuyentes. El principio que debe sustentar cada propuesta es que con el ahorro que obtiene el vecino adherente por la sustitución de su actual combustible, puede afrontar el plan de pago de financiación. En tal sentido, el vecino adherente debe conocer *a priori*, cuáles son las condiciones y los requisitos de financiación en sus distintas alternativas.

#### 3.1. Financiación de la obra a los contribuyentes

Las condiciones y los requisitos en que se ofrecerán los créditos necesarios para financiar las obras: (i) plan o planes de pago, cantidad y valor de cuotas. Tasas aplicadas; (ii) ofrecimiento de más de una alternativa de financiación; (iii) entidad que financia. Modalidades de financiación. Requisitos; (iv) lugar y forma de pago. Cuándo comienza a pagar.

### 4. Garantías

En consideración a la magnitud de las obras y a sus costos deben tomarse en cuenta todos los recaudos necesarios para que las obras se desarrollen con total normalidad. Esto es indispensable para crear un marco de responsabilidad y confianza, en especial para quienes aportan sus recursos económicos. En este sentido, el proponente debe detallar las medidas y los documentos cautelares para asegurar la ejecución de la obra en tiempo y forma. Aquí nos referimos tanto a la garantía de oferta como a las garantías de adjudicación y de cumplimiento de la obra.

### 5. Otras obligaciones

Existen otros aspectos que debe conjeturar la compulsa a efectos de la contratación de las obras en un marco de transparencia y competitividad, previendo la debida fiscalización de las acciones por parte de los interesados y del Enargas u otras autoridades, por ejemplo: plazos de mantenimiento de ofertas; procedimiento de selección y adjudicación; comercialización de las obras; sistema que se utilizará para facilitar la construcción y/o adecuación de las instalaciones internas, etcétera.

- MJ N° 370/01 (07/06/01), etcétera.
2. El Enargas ha resuelto que la operación y mantenimiento fueran efectuadas por la licenciataria de distribución únicamente en dos casos, a saber: res. ENRG M.J. N° 157/97 (15/04/97) y res. ENRG M.J. N° 237/99 (18/05/99).
  3. También existieron casos en los que se dispuso que la operación y mantenimiento estuvieran a cargo de sujetos distintos de la licenciataria y del tercero interesado (es decir, personas que no revestían ninguna de las condiciones requeridas por el art. 16 inc. b) de la ley N° 24.076 y su reglamentación). Esto sucedió, por ejemplo, en los casos resueltos mediante res. ENRG MJ N° 290/00 (22/06/00), res. ENRG MJ N° 370/01 (07/06/01) a través de las cuales la ejecución y operación de las obras fueron adjudicadas a Emprigas SA y Gamsud SA respectivamente, quienes no revestían la calidad de terceros interesados en esos trámites.
  4. La autoridad regulatoria también resolvió que la ejecución de las obras se encontraba a cargo del tercero (cfr. res. ENRG MJ N° 120 (24/09/96) difiriendo temporalmente la definición del encargado de su operación "hasta tanto las mismas estuvieran finalizadas". La razón invocada por el regulador para diferir la definición del prestador fue que "la cuestión no podía decidirse en aquel momento dado que es presupuesto necesario para requerir la autorización para actuar como subdistribuidor, dentro del marco de la resolución N° 10/93 que la tubería se encuentre construida y en condiciones de ser habilitada, junto con que verifiquen los demás recaudos exigidos por dicha norma". Sin embargo, el Enargas se apartó de este criterio en otros casos en los que, aunque las obras no se encontraban ejecutadas –ni siquiera iniciadas–, resolvieron ambas cuestiones (ejecución y operación) simultáneamente en el mismo acto. Así, por ejemplo, en res. ENRG MJ N° 290/00 (22/06/00).
  5. La autoridad regulatoria reconoció el derecho de prioridad para la ejecución y operación de las obras a las licenciatarias de la zona en dos casos. Sin embargo, y una vez ini-

ciado dicho ejercicio, declinó tal prioridad argumentando fundamentos sobrevenientes. Así por ejemplo, en el caso de la res. ENRG MJ N° 370/01 (07/06/01), el Enargas autorizó a la licenciataria para la ejecución de las obras. Empero, luego desconoció tal derecho disponiendo que el tercero se hiciera cargo de la operación de las obras allí referidas. Por su parte, en el caso de la res. ENRG MJ N° 290/00 (22/06/00), el Enargas había reconocido el derecho de prioridad de la licenciataria en varias oportunidades. Sin embargo, finalmente determinó que la ejecución y operación de las obras fuera efectuada por otro tercero constituido en esas actuaciones.

### El criterio de mayor conveniencia para el usuario final

La jurisprudencia regulatoria no ha abordado la hermenéutica del concepto de *mayor conveniencia para el usuario final* de manera uniforme pues, mientras en algunos casos a esos fines analizó únicamente el comportamiento de las partes en conflicto –prescindiendo de merituar el contenido de las propuestas presentadas– (véase **caso 1**, **caso 2**, **caso 3**), en otros supuestos, en cambio, además de referirse al comportamiento de las partes, también se mencionaron algunos aspectos de tales propuestas (véase **caso 4**, **caso 5** y **caso 6**). En estos últimos análisis, sin embargo, la jurisprudencia regulatoria no exhibe algún elemento rector homogéneo que permita identificar qué debe entenderse o cómo se integra el concepto de "mayor conveniencia para el usuario final". Si bien podría afirmarse que ello responde a una facultad discrecional que ha sido delegada al regulador, el relevamiento demuestra cierta inconsistencia en dicha hermenéutica pues las conductas que en algún caso son interpretadas de una manera en otro supuesto son interpretadas de otra. Por ejemplo:

La autoridad regulatoria, prescindiendo de cualquier análisis respecto de la propuesta de la licenciataria, en el **caso 1** entendió que correspondía a la distribuidora el derecho de ejecutar y operar las obras pues "al interés de un único proyecto presentado se contrapuso a una clara y manifiesta voluntad de la

licenciataria de ejecutar las obras y en las mismas condiciones ofrecidas por el tercero interesado". En cambio, en el **caso 5** la voluntad firme de la licenciataria de ejecutar las obras en condiciones similares que las ofrecidas por un tercero, fueron interpretadas como una práctica discriminatoria y como justificativo para declinar el derecho prioritario de ella.

En el **caso 1** y el **caso 4** se dispuso que el tercero interesado tenía el derecho de ejecutar y operar las obras dentro de los límites físicos del sistema determinado por los planos de los respectivos proyectos. En cambio, en el **caso 5** señaló que el optar a que un subdistribuidor tenga derecho de realizar las ampliaciones de los sistemas de distribución aunque ya se le hubiere acotado los límites físicos de los proyectos aprobados según res. ENRG 144/90, "importa un confinamiento y un abuso de la posición por parte de la distribuidora", por lo que –en tales casos– debe declinar el derecho de ejecutar las obras y prestar el servicio por parte de la distribuidora.

En el **caso 3** la autoridad regulatoria declinó el derecho de prioridad de la licenciataria señalando que "existió desinterés u oposición a un único proyecto presentado cuando la licenciataria no se contraponía con una clara y manifiesta voluntad de ejecutar las obras en las mismas condiciones ofrecidas por el tercero interesado o sin cargo para los clientes". Sin embargo, en el **caso 5**, ante la presentación de la distribuidora de un proyecto para ejecutar y operar las obras y la reiteración de su interés en explotar las mismas, el Enargas resolvió que ello importaba un ejercicio abusivo de la posición que posee la licenciataria en el mercado".

En el **caso 5**, los informes intergerenciales que forman parte del expte. ENRG 3364/96 dan cuenta de la inacción negocial y procesal del tercero interesado en realizar las obras (la distribuidora de la zona pidió reiteradas veces al Enargas la autorización para viabilizar las obras con los respectivos interesados), no obstante lo cual el Enargas no adjudicó a la licenciataria el derecho de operar y mantener las mismas. En el **caso 6**, en cambio, tal circunstancia (la inacción) bastó para declinar el derecho prioritario que venía ejerciendo la distribuidora por reconocimiento previo y expreso de la autoridad regulatoria.

En el **caso 6**, el Enargas reprocha a la licenciataria no haber asumido las con-

diciones que imponía el tercero para realizar las obras (el municipio pretendía que la distribuidora tomara a su cargo la garantía de reintegro a la provincia de los montos que debían abonar los frentistas por las obras de ampliación del sistema). Si esa pretensión se compulsa con la doctrina sentada en el **caso 5** (y en caso de que la licenciataria hubiera tomado dicha garantía), el Enargas también hubiera dispuesto la declinación de la prioridad de la distribuidora involucrada pues hubiera señalado que “tal actitud importaba asumir una postura discriminatoria” –como dijo en el **caso 5** respecto de la asumida por la licenciataria para otros casos (salvo que Camuzzi en todos los casos asumiera este tipo de garantías)–.

### Una propuesta para el crecimiento de los sistemas de distribución con seguridad jurídica

En virtud de los desarrollos que hemos realizado hasta aquí surge que es necesario establecer un marco que asegure los principios de transparencia y competitividad cuando se presentan dos o más interesados en construir obras de gas natural y la distribuidora ratifique su interés en la prestación del servicio en el caso concreto. Para ello deben explicitarse con precisión los lineamientos y/o aspectos esenciales que permitan efectuar un mérito comparativo adecuado entre las propuestas que se formulan para el desarrollo de tales obras (comparabilidad sustancial entre distintas ofertas).

En esa dirección, la propuesta consiste en establecer los lineamientos generales que pueden formar parte de un procedimiento optativo, transparente, abierto y competitivo a efectos de llevar adelante una ampliación de un sistema de distribución. Los aspectos técnicos, comerciales, económicos y otros para la realización de las obras se establecen en el anexo I del presente artículo.

#### El fundamento legal de la propuesta

La propuesta posee fundamento legal en el marco regulatorio. Su viabilidad normativa se funda en el capítulo XVI de las RBL y en la reglamentación de la ley de gas.

En el marco de las contrataciones que debe llevar a cabo la distribuidora para la provisión de bienes y servicios debe aplicar un procedimiento transparente y

competitivo con el debido control de la autoridad regulatoria (cfr. art. 16, ley 24.076, art. XVI RBL dec. 2454/92 y concs.). En tal sentido, cuando la distribuidora ejerce su derecho prioritario para el desarrollo de las obras y realice las contrataciones respectivas a esos fines, la licenciataria puede llevar a cabo un proceso de compulsa que aquí propiciamos.

El procedimiento que debe seguir la distribuidora para la realización de la obra debe ser transparente y competitivo y, en tal sentido, debe contar con el debido control de la autoridad regulatoria (cfr. cap. IX, RBL y artículo 18 del decreto 1738/92).

#### La implementación (factibilidad) de la propuesta

La implementación del esquema optativo que aquí se plantea puede implementarse por dos vías diferentes: a) a solicitud de la licenciataria con la aprobación de la autoridad regulatoria o b) por disposición de la autoridad con el consentimiento de la distribuidora.

##### a) Por solicitud expresa de la Licenciataria (mediante nota) comunicando a la autoridad regulatoria su decisión de desarrollar la obra mediante un procedimiento de compulsa que tenga en cuenta los lineamientos señalados.

En dicha comunicación, la distribuidora especificará mínimamente: a) la obra que se pretende desarrollar mediante este mecanismo; b) los lineamientos que integran la compulsa en el caso concreto y c) todo otro aspecto que estime necesario a esos fines. Una vez aprobada la propuesta por la autoridad regulatoria –o efectuadas las modificaciones que estime corresponder– se autorizará la realización del proceso de compulsa en sede de la distribuidora, obligatorio y oponible para todos los terceros en ese caso concreto.

**b) Por disposición de la autoridad regulatoria:** la aprobación regulatoria puede ser emitida por un acto administrativo general o mediante uno de carácter particular. En el primer caso, se establecerían los lineamientos de comparabilidad entre diferentes propuestas para cualquier clase de obras (o aquellas que así se dispongan por alguna razón digna de tutela jurídica). En el segundo caso, en cambio, el pronunciamiento regulatorio debería establecer los

lineamientos para una obra determinada. Los efectos jurídicos de sendos actos administrativos serían: (i) un complemento de la resolución ENRG N° 10/93 y resolución ENRG N° 44/94, hoy vigentes y (ii) otorgarían al procedimiento el *imperium* que garantiza la oponibilidad de todo lo actuado en el ámbito del proceso. En consecuencia, la implementación de la propuesta en modo alguno importa una colisión ni contradicción con el plexo normativo vigente. Por el contrario, constituye un complemento armónico y coherente del mismo. En relación a su implementación, es importante tener presente que el régimen de publicidad y oposición previsto en las res. ENRG N° 10/93 y 44/94 requieren una propuesta válida y definitiva para someter a consideración y aprobación de sus destinatarios. Una vez que se ha establecido cual es la propuesta más conveniente para el usuario final debe llevarse a cabo el régimen de publicidad y oposición establecidos en tales resoluciones. Esto por dos razones básicas: (i) porque el derecho de información completa y veraz de los usuarios que consagra el artículo 42 de la Constitución Nacional exige tal temperamento y (ii) porque no es posible avanzar en publicaciones sobre propuestas que carecen del visto bueno de parte de la autoridad regulatoria conforme el artículo 16 de la ley N° 24.076.

#### Las características del procedimiento de la propuesta

La propuesta, cuya implementación es optativa para la distribuidora,<sup>21</sup> promueve los principios de **transparencia, competitividad, concurrencia**, etcétera, según lo requiere el marco regulatorio. Veamos.

• **Opcional.** La licencia dispone que la distribuidora utilizará un mecanismo transparente para sus contrataciones. En ese marco, la distribuidora podrá optar por la utilización de estos lineamientos para la selección de la propuesta más conveniente para la realización de las obras. De esta manera, y en caso de que la distribuidora ejerza su derecho prioritario en la prestación del servicio (y aun así existan otros)▶▶

terceros que pretendan realizar la obra), este mecanismo: (i) sería optativo para cada licenciataria que podrá utilizarlo según las particularidades de cada área de servicio y (ii) no excluye otros instrumentos o herramientas que la práctica regulatoria puede desarrollar.

- **Publicidad.** Los lineamientos que los terceros interesados deben cumplir para la presentación de sus respectivas propuestas tienen que ser conocidos de antemano por estos y deberán someterse a ellos en condiciones de igualdad.
- **Transparencia.** La claridad y precisión de las pautas preestablecidas (que son las que permitirán la evaluación y el mérito de las diferentes propuestas) aseguran transparencia al procedimiento. Claro está, como señalamos, que el mismo es auditable por el regulador (cfr. art. 50 y 52, ley de gas) y también es revisable judicialmente (cfr. art. 66, ley de gas).
- **Concurrencia.** El carácter abierto del procedimiento es un corolario del principio de libre competencia que rige en el mercado de construcción de redes. En ese entendimiento, el mecanismo es potestativo y, al mismo tiempo, obligatorio para los terceros. Lo primero, porque podrán participar en él todos quienes tengan interés en la realización en las obras (cfr. artículo 16 inc. b) de la ley de gas). Lo segundo, porque los resulta-

dos de la compulsa que se lleve a cabo según tales lineamientos son oponibles a cualquier tercero –haya o no participado en el proceso–. De allí, justamente la necesaria aprobación regulatoria que requiere la implementación de la propuesta.

- **Igualdad.** Evidentemente no pueden ser conforntadas cosas desiguales. Una vez puesto en práctica el mecanismo, todos los sujetos participantes compiten, en igualdad de condiciones, con el fin de realizar las obras de gas.

## Conclusiones finales

En este trabajo hemos pretendido arrojar luz sobre las disputas que suelen presentarse en torno de las ampliaciones de los sistemas de distribución, las cuales se ven agudizadas en el marco del actual escenario de emergencia por el que atraviesa el país, poniendo en juego el valor jurídico de seguridad. Tan invocado en los últimos tiempos pero, a la vez, tan poco respetado.

Tanto la minería como los hidrocarburos tienen características comunes, que se deben entender acabadamente si se pretenden generar inversiones en estos rubros en el país. Se trata de iniciativas que demandan grandes sumas de dinero, de alto riesgo, que requieren de largo plazo para el recupero de las inversiones

comprometidas, y que en la mayoría de los casos con un escenario como el actual, básicamente pueden afrontar capitales internacionales. Para que ello se concrete son necesarias reglas de juego claras y perdurables en el tiempo.

Es así que, considerando la situación problemática que hemos descrito en este análisis, resulta necesario crear las condiciones para la realización de inversiones en los sistemas de distribución en condiciones de seguridad y resguardo de los derechos de todos los actores involucrados.

En ese entendimiento y como resultado de nuestro proyecto de investigación, en primer lugar, hemos confirmado nuestra hipótesis de trabajo en cuanto hemos verificado que, en aquellos casos en los que existen más de un interesado en construir obras de gas natural para viabilizar el acceso al servicio público a los potenciales usuarios, el régimen de expansión de redes y la jurisprudencia regulatoria no explicitan ni establecen los lineamientos que permitan realizar una comparabilidad de diferentes ofertas para determinar cuál es la propuesta más conveniente para el desarrollo de obras. La ausencia de tales lineamientos impide que los prestadores establecidos ejerzan adecuadamente el derecho a la prestación del servicio en las ampliaciones y, a la vez, que otros terceros compitan en igualdad de condiciones para la construcción de las obras. La falta de una ▶

separación y distinción entre dichos conceptos (servicio público de distribución y construcción de obra) y los diferentes regímenes jurídicos que le son aplicables ha contribuido decisivamente en los conflictos que se presentan en la práctica regulatoria.

Un aporte a la solución del problema del crecimiento de los sistemas se logra explicitando o transparentando los criterios que se utilizan en las tomas de decisiones respecto de la determinación de las ofertas que son más convenientes para los usuarios finales. Por ello, nuestra propuesta formula los aspectos que deben ser tenidos en cuenta para establecer una comparabilidad sustancial entre diferentes ofertas que se presenten al respecto. Ello cuan-

do la distribuidora ejerce su derecho prioritario en la prestación del servicio (cfr. art. 16 inc. b) de la ley N° 24.076 y concs.) y, a la vez, se presentan otros interesados en la ejecución de las obras.

La propuesta armoniza el interés particular de los prestadores incumbentes (en tanto resguarda los derechos prioritarios que estos poseen en el desarrollo de sus respectivos sistemas de distribución –cfr. art. 16 ley N° 24.076 y concs.–) y el interés público (en tanto establece un mecanismo que viabiliza el acceso al servicio de los usuarios conforme lo prevé el art. 2 de la ley N° 24.076 y se preservan todas las potestades de control y fiscalización que posee la autoridad regulatoria en esta materia).

Por último, creemos oportuno señalar que la seguridad jurídica se pavimenta con instituciones sólidas y procedimientos de elaboración y aplicación del derecho rodeados de garantías de transparencia e imparcialidad. En tal sentido, la seguridad jurídica resulta clave en el crecimiento de los sistemas de gasoductos, porque la productividad y la inversión necesitan reglas confiables y actitudes predecibles. En ese sentido, la propuesta contribuye decisivamente al estándar de seguridad jurídica que requiere la industria en cuanto suministra un marco adecuado para el desarrollo de los sistemas resguardando los derechos de todos los intervinientes, sin desconocer las potestades de la autoridad pública en esta materia. ■

## Referencias

- 1 Son palabras de representantes del Enargas ante la Comisión de Asuntos Administrativos y Municipales de la cámara de senadores de la Nación con fecha 5 de junio de 2003.
- 2 Por ejemplo, resolución SSE N° 144/90 (01/10/90), resolución SSC N° 66 (30/12/91), resolución SHC N° 105 (26/08/92), resolución SSE N° 145/00 (01/10/90), resolución SSE N° 160/90 (08/10/90), resolución SSC N° 09/91 (13/06/91), etcétera.
- 3 El marco regulatorio reconoció la subsistencia de esos proyectos bajo la figura de la subdistribución y obligó a sus titulares a constituirse –o transferir los mismos– a personas de derecho privado.
- 4 En forma comparativa, la situación en ambos sectores en nuestro trabajo: Massimino, Leonardo F., "El acceso abierto a los principales servicios públicos. Situación actual y perspectivas", en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Año XXI, N° 241, octubre de 1998.
- 5 Por esa razón es que todavía existen grandes áreas geográficas sin servicios de gas, como las provincias del noreste: Chaco, Formosa, Corrientes y Misiones y otras donde el servicio se presenta sólo en localidades importantes: como La Rioja, Catamarca, Entre Ríos, Santiago del Estero, etc. En provincias donde se supone que el servicio está generalizado, como Córdoba, Mendoza y la misma Buenos Aires, aún persisten áreas donde no ha llegado y seguramente tardará algún tiempo en llegar.
- 6 Para ampliar, ver *Informe Enargas*, 1993, pp. 50 y ss.
- 7 La normativa que integra el régimen de expansión de redes no ha sido modificada ni derogada por la ley de emergencia pública y reforma del régimen cambiario (ley N° 25.561 y su reglamentación). En consecuencia, la misma conserva su plena vigencia y exigibilidad.
- 8 La exposición de motivos de la ley de gas exhibe con elocuencia la situación por la que atravesaba la gestión del servicio público de gas antes de la privatización de Gas del Estado –desinversión, desabastecimiento, etc.– lo cual motivó su traspaso al sector privado.
- 9 Para ampliar, puede verse Cassagne, Juan Carlos, "Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos", en *Revista de Derecho Administrativo*, Lexis Nexis, 2000, pp. 68 y ss.
- 10 Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, Tomo III, Abeledo Perrot, 1995, p. 315.
- 11 Véase Moisset Iturraspe, Jorge, *Contratos*, Rubinzal-Culzoni, 2000, pp. 113 y ss.
- 12 Véase la solución del artículo 18 del decreto 1738/92.
- 13 Véase Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, op. cit., pp. 39-42.
- 14 Son palabras del miembro informante en la Cámara de Senadores utilizadas como fundamento del contenido del artículo que aquí analizamos (Véase *Diario de sesiones*, H. C. Senadores, de noviembre de 1991).
- 15 Véase Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas (FIEL), *La regulación de la competencia y de los servicios públicos*.

*Teoría y experiencia argentina reciente*, 1999, pp. 71 y ss.

- 16 Aun en el caso de que la distribuidora y el tercero tengan los mismos costos de inversión y los mismos gastos de operación podría concebirse que el tercero utilice una tasa de descuento menor y con ello ofrecer mejores condiciones.
- 17 Véase Ariño Ortiz, Gaspar, *La regulación económica. Teoría y práctica de la regulación para la competencia*, Centro de Estudios sobre la Regulación Económica, Avaco, 1999, pp. 132 y ss.
- 18 En *Pinney & B. Co. vs. Los Angeles Gas & E. Corp.*, 168 Cal 12.
- 19 En *Birmigham Waterworks Co. vs. Brown*, 191 Ala 457; *Danville vs. Danville Water Co.*, 178 Ill 299.
- 20 En este caso, si bien el Enargas cita las decisiones adoptadas mediante resolución ENRG MJ N° 157/97, MJ 237/99 y MJ 240/99, resuelve la cuestión utilizando argumentos sustancialmente diferentes de los empleados en aquellos casos.
- 21 En la industria del gas existen regímenes que establecen mecanismos opcionales para la realización de instalaciones internas de gas natural (cfr. res. ENRG N° 412/99) y para la construcción de redes externas (cfr. res. 824/00). Los mismos consisten básicamente en permitir que el recupero de las inversiones realizadas en dichas instalaciones sea realizado mediante la factura de consumo de gas natural una vez que el usuario cuenta con dicho servicio. Véase *Informe Enargas*, 1997 y 1998.

*Leonardo Fabián Massimino es abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, con un posgrado en Especialización en Derecho de la Regulación de los Servicios Públicos de la Universidad Austral de Buenos Aires y doctorando de la Universidad Nacional de Córdoba. Fue asesor jurídico del Ministerio de Desarrollo Social de la provincia de Córdoba y de la Cámara de Diputados de esa misma provincia. Actualmente es gerente de Asuntos Legales en Distribuidora de Gas del Centro SA. Ha recibido distintos reconocimientos como abanderado (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC; Premio "Henocho Aguiar" (Departamento de Derecho Civil, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC); Premio "Mauricio Yadarola" (Departamento Derecho Comercial, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC); Premio "Universidad 1990", diploma "Mención de honor", Universidad Nacional de Córdoba; Premio "Joven sobresaliente" (Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 1992) y Premio "Corte Suprema de Justicia de la Nación". Entre sus actividades académicas fue adscripto a la cátedra de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. También ha publicado trabajos diversos en revistas especializadas.*