



Los Comercializadores de Gas y la Capacidad de Transporte

Juan Pablo Dirienzo

1. - Introducción

Desalentando al lector

Uno de los famosos bocetos de Daumiere que reproduce la figura de dos abogados en los momentos previos a la vista del juicio tiene como pié el siguiente diálogo: *“Hoy tenemos un caso igual al que tuvimos el otro día. Pero sepa que hoy mantendré el punto de vista contrario -yo haré otro tanto- dice el segundo. Si quiere podemos ayudarnos mutuamente como apuntadores”*. (1).

Si usted, mi estimado lector, no es un abogado y con esta introducción aún no ha decidido dejar la lectura de este artículo, le prevengo que nada nuevo, novedoso, ingenioso encontrará en las líneas que siguen, ya que el presente trabajo sólo tratará nada más ni nada menos que de El Derecho y Las Instituciones. Eso sí, vinculados al título que sirve como excusa a esta exposición.

Varios años atrás, un jurista alemán que visitaba nuestro país por cuestiones de trabajo, café de por medio, me preguntaba seriamente si la profusa legislación y reglamentación que existía en la Argentina se debía a las variaciones institucionales de nuestra historia o a un incontenible deseo de cambiar la realidad mediante nuevas normas. Es que esa habilidad que hemos cultivado particularmente los argentinos de destruir al cabo de la jornada lo que hemos hecho en provecho de ella, ha signado con un proceso pendular las últimas décadas de la vida de nuestro país.

Desde 1992 en adelante se han importado e incluso exportado “ideas”, “ejemplos” y “experiencias” sobre la prestación de los servicios públicos y sobre el ejercicio del poder regulador del Estado. Necios hubieran sido de no haberlo hecho tanto los Reguladores estatales como los Prestadores privados.

En este proceso de importación y exportación de “ideas” y “experiencias” se puede advertir claramente que abruman los “análisis técnicos y económicos” y escasean las “cuestiones de derecho comparado”.

Los “derechos y obligaciones” del Estado, del Usuario y de las Empresas privadas son los que permiten y dan marco a la prestación del servicio público. Las “cuestiones técnicas y económicas” validan el “hacer” (la prestación del servicio, su calidad, sus tarifas, etcétera).

Quiero decir con esto: que no es posible transpolar una experiencia extranjera o incluso nacional del “hacer” sin su compatibilización con el marco de “derechos y obligaciones” que se lo permita.

Compatibilizar no significa dictar una nueva norma que sea igual, por ejemplo, a una vigente en otra actividad o en la misma actividad en otro país.

Es necesario el estudio del derecho comparado y también del derecho nacional, de manera tal que se pueda distinguir en qué se diferencian los derechos y obligaciones del Estado, de los Usuarios y de la Empresa, en una y otra forma diferente del “hacer”.

No perdiendo de vista el objetivo de este acápite, -recuerde usted, mi estimado lector, que estoy haciendo un esfuerzo para alentarle a dejar la lectura de este trabajo- me veo en la obligación de definirle el debate



que el mismo trata de excitar. La pregunta puede resumirse en los siguientes términos: ¿Es necesario eludir o esquivar el Derecho para poner en vigencia “valiosas experiencias e ideas” en materia de regulación?

Parafraseando a mi Maestro en esta noble profesión, aquí, se trata en definitiva de establecer -el dilema es de hierro- si nos apegamos al Derecho como conjunto de normas generales de conducta, aceptando de antemano la limitación que se desprende de su particular naturaleza, o bien, por el contrario, si destruimos esa imagen venerable de la **ley** que los hombres tienen desde hace milenios para, nuevamente intentar cambiar, “by pass” institucional y arrogancia de imperio mediante, rápidamente la insoportable realidad (sin darnos cuenta que al fin solo agravamos la situación).

La intermediación de los Comercializadores en la Capacidad de Transporte en el Marco Regulatorio de la actividad del gas natural en la República Argentina, tal como está diseñado en la actualidad, presenta un sinnúmero de conflictos e interpretaciones que afectan a la seguridad jurídica y perjudican tanto a Empresas Transportadoras, Comercializadores, Distribuidores y Usuarios.

Si todavía está ahí, vamos entonces a introducirnos en nuestro tema.

A fin de facilitar la lectura del presente trabajo, se adjunta un Anexo con las normas contenidas en las Leyes, Decretos y Resoluciones que se mencionarán *ut infra*, identificándolos con un número romano entre paréntesis que le servirá de guía en el resto del trabajo.

2.- Introducción al Derecho

Ordenamiento normativo:

La estructura del ordenamiento normativo se concibe, según nos enseñara Kelsen y su discípulo Merkl, como una pirámide en cuyo vértice se encuentra la Ley Fundamental. Es así como está concebido el Artículo 31 de nuestra Constitución Nacional (C. N.).

La historia institucional de nuestro país sufrió demasiadas veces el alejamiento de este concepto de Ordenamiento Normativo. Es probablemente ésta la respuesta a aquel jurista alemán. Personalmente no me cabe la menor duda que los hombres de buena fe de las democracias, con tan urgentes como nobles objetivos, en su afán de restaurar y/o contribuir al bienestar general, inadvertidamente y “presionados por los tiempos” se apartan del Ordenamiento Normativo, olvidando la máxima del Maestro uruguayo Couture que reza “ Ten paciencia, el tiempo se venga de las cosas que se hacen sin su colaboración”.

Como nos enseñara Werner Goldschmidt:

“Si se parte de la cumbre, se empieza con la Constitución y se atraviesan, por medio de la individuación normas con decreciente generalidad, en las cuales cada etapa se apoya sobre la precedente: leyes, decretos, contratos colectivos de trabajo, contratos, actos administrativos. Este orden vertical puede ser recorrido en dirección inversa, empezando con los actos administrativos y los contratos, terminando con la Constitución y **estando incluida siempre la norma inferior en la superior.** (2).

Para sobrevivir, jurídicamente hablando, durante las décadas de inestabilidad institucional e incluso durante esta incipiente democracia, los juristas han tenido que lidiar con Decretos-Leyes, Decretos de Necesidad y Urgencia, a fin de validar la acción política de los gobiernos.



En un Estado de Derecho, fuente de paz social y seguridad jurídica, la vigencia de una norma depende de que ésta haya sido producida de acuerdo con las indicaciones de la norma superior. En el Estado de Derecho argentino, la Constitución Nacional puede ser reformada en todo o en parte con el voto de las dos terceras partes del Congreso y por una Convención convocada a tal efecto (3). Esta Constitución y las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras, son la ley suprema de la Nación. El Congreso como órgano político fundamental tiene las atribuciones legislativas que la Constitución Nacional le confiere en el Artículo 75.

Facultades delegadas

Siguiendo el orden normativo mencionado precedentemente, el Poder Ejecutivo Nacional, de acuerdo con nuestra Constitución Artículo 99 inciso 2), está facultado para reglamentar la ejecución de las leyes de la Nación cuidando de no alterar su espíritu y estándole absolutamente prohibido, bajo pena de nulidad, emitir disposiciones de carácter legislativo, quedándole restringido como atribución excepcional el dictar Decretos de Necesidad y Urgencia.

La doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación distinguió tres clases de Reglamentos de ejecución de la ley, a saber: los **Reglamentos adjetivos** que disponen el procedimiento para la aplicación de las leyes y que son strictu sensu a los que se refiere el Artículo 99 inciso 2) C. N., los **Reglamentos sustantivos**, que regulan por mandato del Legislador la materia de la Ley, en un todo de acuerdo con la definición dada por ésta, es conocida como la delegación legislativa, reconocida en el Artículo 76 C. N., únicamente en materias determinadas de administración o emergencia pública y con un plazo fijado para su ejercicio y, por último, la denominada **Reglamentación Ejecutiva Impropia**, que frente al Artículo 76 de la Constitución nacional ha quedado absolutamente coartada. Con esta Reglamentación Ejecutiva Impropia el Ejecutivo determinaba la oportunidad temporal y de conveniencia del contenido de la Ley. Esta Reglamentación Ejecutiva Impropia constituía una facultad suficiente para derogar o dejar de lado una ley o parte de la misma. (4)

3.- Génesis de la inseguridad jurídica en el Servicio Público de Transporte y Distribución de gas Natural en la República Argentina.-

El Ente Nacional Regulador del Gas.

Este organismo creado en el ámbito del que fuera Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos por ley 24.076 (Artículo 50), fue dotado por el Congreso Nacional de facultades reglamentarias.

De la lectura de las facultades otorgadas por el Poder Legislativo de la Nación a este Ente (Artículo 52 de la ley 24.076, en particular el inciso s)) surge, al menos para el suscrito, con meridiana claridad el poder **reglamentario adjetivo** (según clasificación ut supra referida) con el que el mismo fue investido.

En uso de ese poder reglamentario el Ente Nacional Regulador del Gas dictó las dos resoluciones que contribuyeron a la génesis de la inseguridad jurídica.- Ellas fueron las resoluciones 419/97 y 421/97, Reglamento de Reventa de Capacidad y Comercializadores, respectivamente.

Entiendo que ambas resoluciones exceden en su contenido la mera **reglamentación adjetiva**, siendo un claro ejemplo de **reglamentación ejecutiva impropia**.



Contra estas resoluciones del Ente Nacional Regulador del Gas interpusieron los pertinentes recursos administrativos casi todos los sujetos activos de la industria, estoy hablando de transportistas, distribuidores, comercializadores y productores. De la lectura de los recursos presentados se pueden advertir claramente los siguientes conceptos:

- a- La defensa de los propios intereses sectoriales y los derechos adquiridos en el proceso privatizador de Gas del Estado S.E..

No ocupa este trabajo la defensa de los intereses del sector, en todo caso el suscripto entiende que cuanto mayor vigor tiene aquella, menor evidencia y posibilidad de colusión entre el Regulador y el regulado hay.

En cambio, sí se ocupa de la seguridad jurídica de los derechos adquiridos y si se me permite la cita del Sr. Fernando Navajas, Economista Jefe de FIEL para poner de relieve el punto en cuestión:

*"La regulación en los sectores de capital intensivo con consumidores cautivos en redes de distribución se justifica para proteger a los consumidores cautivos en especial si existen derechos de exclusividad en las concesiones. **La Empresa debe realizar fuertes inversiones "hundidas" o irre recuperables y debe financiar las mismas con una tarifa, mientras que la regulación trata de que ésta sea baja al tiempo que satisfaga los requerimientos financieros de la Empresa incluyendo la retribución del capital invertido.** En el esquema de precio tope o "price cap" como el que han adoptado varios países incluyendo la Argentina, la tarifa queda fija por varios años dándole a la Empresa incentivos para que reduzca sus costos. En el mediano plazo, cuando se revisan las tarifas, el Regulador debe incluir una predicción a futuro de cuánto espera que sea esa reducción de costos de modo de que los consumidores participen en las ganancias del cambio tecnológico."* Seguidamente manifestó: ***"En la jerga del análisis económico existen dos ingredientes fundamentales que pueden hacer problemático este "intercambio" (Williamson, 1985). El primero es de naturaleza "ex ante" e irreversible de la inversión que realiza una de las partes: en otras palabras, la Empresa realiza la inversión y más adelante debe esperar la remuneración correspondiente. El segundo ingrediente es la presencia del "oportunismo contractual" cuando la otra parte (en nuestro ejemplo el Regulador) no hace honor a su parte del "contrato" y realiza lo que en la literatura se llama "hold up", es decir retiene para sí mismo una parte de los beneficios que le corresponden a la Empresa. Es por ello que el problema del riesgo regulatorio se expresa también a través del problema del "hold up" o comportamiento oportunista expropiador (aunque esta "expropiación" sea parcial)".*** (5).

Cuando a un sistema complejo de normas, como lo constituye el plexo normativo de la Actividad del gas Natural (Ley 24.076 y Decreto Reglamentario - Pliego de Licitación - Decreto otorgando Licencia de Transporte y Distribución de Gas Natural - contrato de Transporte Firme cedido a cada una de las Licenciatarias), se le introduce un módulo no previsto (mercado de Reventa de Capacidad) sin advertir el desequilibrio que el mismo puede provocar, el sistema tiende a redefinirse alterando sustancialmente la situación preexistente.

Del mismo modo se redefine el sistema si se agregan actores (los comercializadores) en segmentos de la industria donde estaban excluidos, originando un nuevo orden de reparto.

- b- El intento individual de reposicionamiento dentro del nuevo esquema.

Reflejo vital de la actividad privada, estos esfuerzos individuales que se manifiestan en argumentaciones contenidas en los recursos administrativos, también se evidencian hiperactivamente en "recomendaciones-sugerencias" expuestas en forma oficial ante el Regulador o en conferencias ad



hoc; cuando no llegan a la consumación material abusando de la morosidad de los procedimientos de resolución de conflictos.

La riqueza que proveen estos intentos individuales es innegable y es lógica su evaluación por parte del Estado a la hora de la búsqueda del bienestar general.

Casi todos los esfuerzos de reposicionamiento individual han terminado en conflictos jurisdiccionales que, como consecuencia de lo que decía precedentemente, terminarán cuando los actos cuestionados sean solo historia. Pues bien, esto hace también a la seguridad jurídica en la actividad. El insignificante número de operaciones en el denominado Mercado de Reventa de Capacidad de Transporte y la no realización de estas transacciones por los Comercializadores demuestran dos problemas: 1º la inutilidad del sistema, y 2º la inseguridad jurídica del mismo.

c- El cuestionamiento a las facultades del Ente Nacional Regulador del Gas para el dictado de esas resoluciones.

Son varios los autores que advierten sobre el abuso que los reguladores hacen a la hora de sostener sus facultades para el dictado de resoluciones que a la postre sin dudas resultan controvertidas. En este sentido por ejemplo se ha escrito y publicado: “A este respecto, si bien los Entes han demostrado en numerosas ocasiones un profesionalismo encomiable, peligrosos excesos -producto quizás de la errónea necesidad de demostrar que no se ha producido la captura de los controladores por los controlados y una burocratización inesperada- han resultado visibles en más supuestos de los esperados. En este sentido dos han sido los aspectos que en la práctica del accionar de algunos entes reguladores ha generado mayores críticas: i) el ejercicio de facultades atribuidas a los concesionarios o prestadores privados y ii) **el dictado de disposiciones reglamentarias que indirectamente modifican normas de privatización, venta o concesión de los servicios**”. (6).

Pues bien los incisos s) y x) del artículo 52 de la ley 24.076 deben leerse e interpretarse dentro de la hermenéutica del Derecho aplicable **.(III)**

Cuando la ley 24.076 quiere otorgar facultad **reglamentaria adjetiva** así lo dispone expresamente, tal los casos de los incisos b); c); e); h); i); ñ) y v) de la ley 24.076.

Por el contrario, cuando la Ley quiere reservar facultades para el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Nación, sobre medidas a adoptar en beneficio del interés público incluyendo la protección de los consumidores y el desarrollo de la industria del gas natural, le impone al Ente Nacional Regulador del Gas que someta un informe anual sobre actividades y sugerencias en tal sentido y nada más (Artículo 52 inciso s). **(III)**.

Sin embargo las dos resoluciones que tratamos tienen algo en común para su dictado los considerandos mencionan al inciso x) del Artículo 52 la ley 24.076 como el que los faculta para realizar todo otro acto que sea necesario para el mejor cumplimiento de sus funciones y de los fines de esta ley y su reglamentación.

Lo curioso del caso es que este Artículo (52 inciso x)) le da al Ente Nacional Regulador del Gas amplias facultades para cumplir con los fines de la ley y su reglamentación, no para cambiar la ley que es facultad exclusiva y no delegada del Congreso Nacional. **(III)**.



Éste básicamente es pues, un lugar común en la mayoría de los recursos que contra estas resoluciones han presentado los sujetos activos de la industria del gas natural.

Corolario

Estas redefiniciones del sistema exhiben por si solas los dos problemas que hacen a la seguridad jurídica de la privatización del servicio público de transporte y distribución de Gas Natural. El primero es la **irregular formalización** de la redefinición del sistema y el segundo es su inevitable consecuencia, esto es el **rebalanceo tarifario**.

4.- La reventa de capacidad de transporte (resolución ENARGAS N°419/97). (VI)

Alguna persona podría preguntarse ¿por qué preocuparse y escribir algo sobre una resolución del Regulador que no ha tenido aceptación?

La respuesta es el quid de este trabajo ¿Es necesario eludir o esquivar el Derecho para poner en vigencia “valiosas experiencias e ideas” en materia de regulación?

En mi opinión en el análisis del caso encontraremos la respuesta.

a) Ausencia de consentimiento de las Licenciatarias de Transporte y Distribución de Gas Natural.

Según consta en el expediente ENARGAS 1025/95, todas y cada una de las Licenciatarias de Transporte y Distribución rechazaron en general y/u observaron en particular el denominado "Anteproyecto de Reglamento de Reventa de Capacidad de Transporte de gas".

La modificación pretendida no podía efectuarse sin el consentimiento de todas las Licenciatarias de Transporte y Distribución de Gas Natural. Ello no sólo desde el punto de vista, legal, formal-material, sino principalmente desde el punto de vista práctico. Por más horas de laboratorio técnico, económico y jurídico de soporte que se le diera a la resolución en cuestión, su destino era el no uso del sistema ya que se olvidó lo más importante: “la realidad”. “La realidad” decía claramente que todas las licenciatarias de transporte y distribución de gas natural no habían consensuado esta prematura modificación de las reglas de juego (seguramente cada una de ellas tenía sus razones y quizás en algunos casos intereses contrapuestos) y sin las prestadoras del servicio de transporte y sin sus más grandes clientes (las distribuidoras) materializar la reventa de capacidad de transporte era como, permítaseme el ejemplo, querer fabricar y comercializar con éxito hielo en el Polo Sur.

b) Fundamentos de la Resolución.

Los fundamentos de la resolución preanunciaban su destino.

La Resolución 419/97 sostiene en los Considerandos:

**) "Que la experiencia ha demostrado que existe en las distintas estaciones del año, una despareja utilización de la capacidad de los gasoductos de transporte y distribución como consecuencia de la sensibilidad de la demanda de gas a las variaciones de temperatura."*



Legisladores Nacionales, Miembros del Poder Ejecutivo Nacional y los experimentados consultores nacionales e internacionales que trabajaron en el proceso de privatización de Gas del Estado S.E. y su marco regulatorio, tuvieron en cuenta las variaciones de temperatura en los períodos estacionales, los que fueron divididos en invierno (5 meses) y verano (7 meses) al solo efecto de modificaciones en las tarifas como consecuencia de la variación del costo del gas comprado por las Distribuidoras.

Esto significa que se conocía la variación de temperatura entre ambos períodos y sin embargo sólo se previó la modificación de las tarifas en base al precio de gas comprado y no del transporte contratado por las Distribuidoras.

*) No existe nexo causal entre el "Reglamento de Reventa de Capacidad de Transporte", su supuesta consecuencia (rebaja del precio del Transporte) y el pretendido aumento de la demanda de Gas Natural. Según los datos operativos publicados por ENARGAS no existe durante el período estival demanda no satisfecha por restricciones e interrupciones. Dada la diferencia de los precios estivales del Gas Natural con otros combustibles alternativos, los Grandes Usuarios formulan la máxima demanda de gas natural que sus instalaciones están preparadas para consumir.

Bien lo dice el Considerando, la despereja utilización de los gasoductos se produce "**como consecuencia de la sensibilidad de la demanda de gas a las variaciones de temperatura**". Desde ya, la Resolución en cuestión en modo alguno puede alterar el fenómeno climatológico logrando que la demanda de Gas Natural de los Clientes Residenciales aumente durante el "período estival". Lo que sí aumenta durante este período y no es mencionado en el Considerando, es el consumo de los Grandes Usuarios de Gas Natural. (Véanse Datos Operativos de ENARGAS).

*) La vía de los "supuestos" menores precios no incrementará la demanda, sólo podría haber producido la transferencia de servicios de transporte aguas arriba y la consecuente transferencia de rentabilidad a las Distribuidoras aguas abajo; porque la capacidad que se toma de una distribuidora aguas abajo, es exactamente la misma que deja de tomar la distribuidora aguas arriba.

*) *"Que asimismo es deber indelegable de esta Autoridad vigilar el comportamiento de todos los actores de la industria, preservando un marco de acceso abierto no discriminatorio y de estímulo a la competencia, características éstas esenciales del sistema gasífero y del marco regulatorio vigente".*

Como hemos sostenido ut supra, la capacidad de transporte tomada a una distribuidora aguas abajo, es exactamente la misma dejada de tomar a la distribuidora aguas arriba.

La configuración del sistema de transporte de Gas Natural en el país y la densidad de población de la Capital Federal y el Gran Buenos Aires en comparación con el resto del Territorio Nacional deben haber sido, al menos, dos factores muy importantes a la hora de decidir el Legislador dejar expresamente fuera del "Mercado" a la Capacidad de Transporte y Distribución (artículo 2 inciso 3 Decreto Reglamentario 1738/93 de la ley 24.076) (IV) y definir un sistema de Precio Máximo con un cerrado sistema de ajuste controlado, autorizado, ordenado por el Ente Nacional Regulador del Gas.



*) Al promover el cuestionado "Reglamento de Reventa de Capacidad" en realidad se estaba promoviendo una competencia predatoria de la que resultan víctimas las distribuidoras de gas ubicadas aguas arriba del anillo de Buenos Aires.

Era evidente que el cambio de reglas de juego que se pretendía convertía a las distribuidoras con mayor cantidad de Clientes Residenciales en agresoras naturales del resto.

*) Según los Considerandos, el objetivo de la Resolución en cuestión es *"mejorar el factor de carga de los gasoductos"* mediante *"tarifas potencialmente menores"* a través del *"mecanismo que por la presente se aprueba"*.

“La realidad” marginó este argumento, los descuentos en las tarifas comprobados a lo largo de estos años demuestran, como cualquier operador preveía, tres cosas: 1.- los descuentos otorgados en el período estival tienen como objeto mejorar el factor de carga de cada licenciataria de distribución, con lo que el factor de carga general mejora; 2.- el mecanismo de reventa de capacidad de transporte nada tiene que ver con los descuentos en las tarifas durante el período estival y 3.- no es lógico que un cargador contrate mayor capacidad de transporte que la que necesita para luego revenderla a menor precio.

*) El Considerando manifiesta que está "implementando" y "aproband" un "mecanismo" que producirá efectos diferentes en la "motivación para contratar" y "reducir el costo unitario de contratar capacidad en firme".

Además de manifestarse que se trata de una "modificación", se deja en claro la intención de que esta "modificación" produzca un efecto determinante en los precios (tarifas) y en la motivación para contratar (para no contratar, diríamos mejor) servicios firmes.

Estas manifestaciones por sí bastan para acreditar los dos extremos de lo previsto en el Artículo 4. inciso 5) del Decreto PEN N° 1738/92 y artículo 18.2 párrafo segundo de las Reglas Básicas de la Licencia de Distribución Decreto PEN N° 2255/92. Estos extremos son: 1° Modificación de las Reglas Básicas y Reglamento de Servicio y 2° Alteración del equilibrio económico financiero preexistente a la modificación.

Ambos extremos están expresamente reconocidos en el Considerando como objetivo de la Resolución en cuestión.

Corolario

Las reglas de juego establecidas y aceptadas por todos los actores eran y son las siguientes:

By Pass Gas: El Cliente debe notificar al Distribuidor de su zona con seis meses de anticipación su decisión de comprar gas directamente al productor o comercializador (artículo 13 inciso 1 Decreto PEN N° 1738/92 y concordantes de la ley N° 24.076). *Este es el único plazo que el ENARGAS "tomando en cuenta las condiciones del mercado" podrá reducir.*



By Pass Físico: (construcción ramal hasta el gasoducto troncal). El Cliente debe dar aviso a la Distribuidora de su zona con 180 días de anticipación (artículo 49 Decreto PEN N° 1738/92).

By Pass Transporte: El que vaya a contratar transporte Firme o Interrumpible debe notificar a la Distribuidora de su zona con 180 días de anticipación (Decreto PEN 2255/92 Condiciones Especiales del Servicio de Transporte Firme Artículo 1° inciso iii) y Condiciones Especiales del Servicio de Transporte Interrumpible artículo 1° inciso b)).

La pregunta a respondernos es entonces ¿por qué los mecanismos de “by pass”, teniendo los mismos objetivos que enunciaban los Considerandos de la resolución que aprobaba el Mecanismo de Reventa de Capacidad, lograron cumplirlos, mientras que el sistema de reventa de capacidad fracasó?.

La respuesta no es otra distinta que la seguridad jurídica.

Seguridad jurídica que proviene de las reglas de juego impuestas en el proceso de privatización del Gas del Estado S.E. por el Estado Nacional y aceptadas en la Licitación Pública Internacional por quienes, en definitiva, resultaron licenciarios de los servicios. Seguridad jurídica definitivamente atrapada por los usuarios.

5.- Los Comercializadores (resolución ENARGAS N° 421/97). **(VII)**

Encontramos la figura del comerciante en nuestro Código de Comercio, que en su artículo 1° lo define como “*aquel individuo que teniendo capacidad legal para contratar ejerce por cuenta propia actos de comercio, haciendo de ello su profesión habitual*”. El Artículo 8 que define cuáles son los actos de comercio, como es lógico no prevé en sus incisos la comercialización del gas natural. También a partir del Artículo 88 siguientes y concordantes el Código de Comercio define la figura del corredor, como es lógico, tampoco allí encontramos la intermediación en la compraventa de Gas Natural. **(V)**.

Estas normas, hoy vigentes, constituyen la Regla General sobre lo que debe entenderse como comerciante, corredor y acto de comercio.

Ahora bien, la ley 24.076 definió por ***principio de especialidad*** al Comercializador en su Artículo 14 **(IV)** que dice: “*Se considera comercializador a quien compra y vende gas natural por cuenta de terceros*”.

Ambas normas de igual jerarquía constitucional (Código de Comercio y Ley N° 24.076) están vigentes y por el **principio de la especialidad de la ley** el acto de comercio en materia de Gas Natural quedó circunscripto a **la compraventa de gas natural por cuenta de terceros**.

Demás está decir que cuando la Ley de Marco Regulatorio de la Actividad del Gas Natural, utiliza las palabras “GAS NATURAL” en realidad quiere decir “GAS NATURAL” y no “TRANSPORTE” y/o “DISTRIBUCION”. Del mismo modo, cuando utiliza las palabras “CUENTA DE TERCEROS ” lo hace para excluir la “CUENTA PROPIA”.

El ENARGAS redefinió el concepto de comercializador en su Resolución N° 421/97 de la siguiente manera:



*"ARTICULO 1°: Considérase comprendido dentro del concepto de Comercializador establecido en el Artículo 14 de la Ley 24.076 a todo aquel que, con excepción de las compañías distribuidoras o subdistribuidoras de gas por redes, **efectúe transacciones de compraventa o compra y venta de gas natural y/o de su transporte, por sí o por cuenta y orden de terceros.** Quedarán asimismo sometidos a las disposiciones contenidas en la presente, los Productores que comercialicen gas natural y/o su transporte; es decir comprenden gas natural de la producción de terceros y/o su transporte para luego venderlo".*

Como se advierte esta redefinición del concepto de comercializador amplió su capacidad para realizar operaciones por cuenta propia e incluso "comprar y vender" capacidad de transporte.

Ahora bien, si "C" es igual a la definición de Comercializador en el Marco Regulatorio de la Actividad del Gas Natural tendríamos que "C" es igual al Artículo 14 de la ley 24.076; así como también "C" es igual al Artículo 1° de la Resolución ENARGAS N° 421/97.

Pero aquí nos encontramos con una paradoja regulatoria, "C" no es igual a "C" en el Marco Regulatorio de la Actividad del Gas Natural ya que no podemos sostener que el Artículo 14 de la ley 24.076 es igual al Artículo 1° de la Resolución ENARGAS N° 421/97.

Tenemos dos normas de distinta jerarquía constitucional diferentes y contradictorias.

No puede considerarse en materia regulatoria (véase Artículo 1 de la ley 24.076) el argumento "de que todo lo que no está prohibido está permitido" para justificar el dictado del Artículo 1° de la Resolución ENARGAS N° 421/97 por dos razones: 1° por principio de especialidad de la ley, la definición de la misma tiene carácter restrictivo y 2° supongamos por un momento que este principio fuera aplicable en materia regulatoria, entre otros ejemplos que en este momento se me ocurren, pero no limitados a ellos, podrían las licenciatarias incluir en las facturas de consumo de gas, el cobro de las "contribuciones por mejoras" sin necesidad de autorización del ENARGAS, o el cobro de cualquiera otros servicios o bienes sin la autorización previa del ENARGAS de hecho ello no les esta prohibido. Los ejemplos estos son sólo una pequeña muestra de lo que implicaría pretender que en esta actividad regulada se puede aplicar tal principio, muy válido sí, en materia de libertades individuales, pero absolutamente caótico en una actividad que por Ley del Congreso pretende ser regulada.

En una resolución reciente del Ente Nacional Regulador del Gas recaída en los expedientes ENARGAS N° 1025 y N° 3240 dictada en fecha 17 de agosto de 1999, bajo el N° 1186 se despeja la duda sobre cual fue la intención del Regulador al dictar la Resolución 421/97. La duda a la que me refiero es la siguiente: ¿El artículo 1 de la resolución 421/97 "interpreta" al artículo 14 de la ley 24.076 o en realidad lo "modifica" creando nuevos derechos y obligaciones?. La "intención" era "modificar".

Dijo el Ente Nacional Regulador del Gas en aquella oportunidad *"Que el ENARGAS ha decidido oportunamente, **“darle la posibilidad a los Comercializadores de adquirir esta capacidad de transporte...”***.

Palmariamente se modifican derechos y obligaciones creados por Ley mediante una Resolución del Regulador.

El impacto de la modificación pretendida es muy profundo ya que altera las reglas de juego preexistentes con posibilidad de que tanto licenciatarias de transporte como distribución de Gas Natural exijan al Estado Nacional la restauración del equilibrio económico financiero vigente antes de la reforma través de un



rebalanceo tarifario (numerales 18.2 decreto PEN 2255/92 Anexos “I” Subanexos “A” y “B”), ello partiendo de la base de que la modificación de la ley sea efectuada por otra ley; porque la modificación actual es, y así ha sido tachada, **inconstitucional**, en los recursos administrativos que aún se encuentran pendientes de resolución.

6.- La Competencia

La “incentivación”, “defensa” e “introducción” de la “competencia” ha sido la justificación que el Regulador ha utilizado para el dictado de las resoluciones cuestionadas.

Si bien no es objeto de este trabajo el análisis de la competencia, con su permiso y paciencia me voy a atrever a “separar la paja del trigo”.

La Política General del Marco Regulatorio de la Actividad (ley 24.076 artículo 2) establece la primera separación. Para el Mercado de Gas Natural se propone promover la competitividad de los mercados de oferta y demanda, y alentar inversiones para asegurar el suministro a largo plazo (inciso b)). Respecto al transporte y distribución del gas natural la proposición es la de mejor operación, confiabilidad, libre acceso, no discriminación y uso generalizado de los servicios con tarifas justas y razonables.

Resumiendo: A.- precio del Gas Natural = libre juego del mercado (Artículo 2 del Anexo I del Decreto PEN N° 1738/92); B- precio del transporte y distribución = tarifa sujeta a regulación, no discriminatoria, con rebajas limitadas (Artículo 41 Ley 24.076; Artículo 21 Decreto PEN N° 2255/92 Anexo A Subanexo II).

Esto quiere decir que la ley previó la competencia en el segmento de compraventa de gas natural restringiendo incluso las posibilidades e incentivos de las empresas licenciatarias tanto de transporte (no pueden comprar ni vender Gas Natural, Artículo 33 de la ley 24.076) como de distribución, (no pueden ganar ni perder con el costo de la adquisición del gas natural; Artículos. 37 y 38 Ley 24.076).

Es en este mercado donde la Ley prevé la participación del Comercializador. Esto resulta claro de la interpretación del plexo normativo (Artículo 2 inciso 3) del Anexo I del Dec. PEN 1738/92). Otro tema es la conformación de este mercado y su escasa competencia, debido principalmente a la forma en que fue privatizada Y.P.F. S.A..

La introducción de los comercializadores en los segmentos regulados implica en mi opinión, entre otras cosas, la desregulación del segmento y como consecuencia de ello, la renegociación de las licencias de transporte y distribución otorgadas oportunamente por el Estado Nacional, así como de todos los contratos celebrados entre los sujetos de la industria y los usuarios en general (pacta sunt servanda).

Hoy, a tres años de las resoluciones en cuestión, las operaciones con capacidad de transporte por parte de Comercializadores son escasas frente a los numerosos “by pass” físicos y comerciales llevados a cabo directamente por los Grandes Usuarios.

Las tarifas promedio para los Servicios Especiales Distribución Interrumpible (ID) y Distribución Firme (FD) han tenido una significativa rebaja por parte de las licenciatarias de distribución por el temor del by pass.

Esta diferencia de resultados se debe, en mi opinión, en gran medida a la seguridad jurídica que las reglas de juego preexistentes otorgan a los sujetos de la industria.



7.- Conclusión

¿Es necesario eludir o esquivar el Derecho para poner en vigencia “valiosas experiencias e ideas” en materia de regulación?

Esta era la pregunta a responder.

Al final de este trabajo llego a darme cuenta de que, en realidad, he fracasado en la búsqueda de una respuesta a esta pregunta. Esto es evidente desde que la conclusión del mismo definitivamente podría ser:

“Todo cambio de reglas de juego debe efectuarse por los mecanismos institucionales pertinentes (las normas convencionales con el consenso de las partes y las normas contenidas en las leyes por otras leyes), caso contrario su destino es el fracaso (a veces inmediato y otras veces –las más dolorosas- en el mediano y largo plazo)”.

Rosario, 17 de enero de 2000.

N:B:

La opinión vertida en el presente trabajo es una opinión del suscripto y preparada al sólo efecto de ser presentada en el "2° Congreso Latinoamericano y del Caribe de Gas y Electricidad", pudiendo por tanto no ser compartida por las empresas que actúan en la actividad, a las que asesoro.

ANEXO I

(I) Artículo 14 de la Ley 24.076.

Se considera Comercializador a quien compra y vende gas natural por cuenta de terceros.

(II) Artículo 27 de la Ley 24.076.

Ningún transportista o distribuidor podrá otorgar ni ofrecer ventajas o preferencias en el acceso a sus instalaciones, excepto las que puedan fundarse en diferencias concretas que pueda determinar el ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS.

(III) Artículo 52 de la Ley 24.076.

El ENTE tendrá las siguientes funciones y facultades:

- a)** Hacer cumplir la presente Ley, su reglamentación y disposiciones complementarias, en el ámbito de su competencia, controlando la prestación de los servicios, a los fines de asegurar el cumplimiento de las obligaciones fijadas en los términos de la habilitación;
- b)** Dictar reglamentos a los cuales deberán ajustarse todos los sujetos de esta Ley en materia de seguridad, normas y procedimientos técnicos, de medición y facturación de los consumos, de control y uso de medidores, de interrupción y reconexión de los suministros, de escapes de gas, de acceso a inmuebles de terceros, calidad del gas y odorización. En materia de seguridad, calidad y odorización su competencia abarca también al gas natural comprimido;
- c)** Dictar reglamentos con el fin de asegurar que los transportistas y distribuidores establezcan planes y procedimientos para el mantenimiento en buenas condiciones de los bienes afectados al servicio durante el período de las respectivas habilitaciones y que proporcionen al Ente informes periódicos que permitan determinar el grado de cumplimiento de dichos planes y procedimientos;
- d)** Prevenir conductas anticompetitivas, monopólicas o indebidamente discriminatorias entre los participantes de cada una de las etapas de la Industria, incluyendo a productores y consumidores y dictar las instrucciones necesarias a los transportistas y distribuidores para asegurar el suministro de los servicios no interrumpibles;
- e)** Establecer las bases para el cálculo de las tarifas de las habilitaciones a transportistas y distribuidores y, controlar que las tarifas sean aplicadas de conformidad con las correspondientes habilitaciones y con las disposiciones de esta Ley;
- f)** Aprobar las tarifas que aplicarán los prestadores, disponiendo la publicación de aquellas a cargo de éstos;
- g)** Publicar los principios generales que deberán aplicar los transportistas y distribuidores en sus respectivos contratos para asegurar el libre acceso a sus servicios;
- h)** Determinar las bases y condiciones de selección para el otorgamiento de habilitaciones de transporte y distribución de gas natural mediante Licitación Pública;



- i)** Asistir al PODER EJECUTIVO NACIONAL en las convocatorias a Licitación Pública y suscribir los contratos de concesión y determinar las condiciones de las demás habilitaciones ad referendum del mismo;
- j)** Propiciar ante el PODER EJECUTIVO NACIONAL, cuando corresponda, la cesión, prórroga, caducidad o reemplazo de las concesiones;
- k)** Autorizar las servidumbres de paso mediante los procedimientos aplicables, de acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 23, y otorgar toda otra autorización prevista en la presente Ley;
- l)** Organizar y aplicar el régimen de audiencias públicas previsto en esta Ley;
- m)** Velar por la protección de la propiedad, el medio ambiente y la seguridad pública, en la construcción y operación de los sistemas de transporte y distribución de gas natural, incluyendo el derecho de acceso a la propiedad de productores, transportistas, distribuidores y consumidores previa notificación, a efectos de investigar cualquier amenaza potencial a la seguridad y conveniencia pública;
- n)** Promover ante los tribunales competentes, las acciones civiles o penales que tiendan a asegurar el cumplimiento de sus funciones y de los fines de esta Ley, su reglamentación y los términos de las habilitaciones;
- ñ)** Reglamentar el procedimiento para la aplicación de las sanciones que correspondan por violación de disposiciones legales, reglamentarias o contractuales, asegurando el principio del debido proceso;
- o)** Requerir de los transportadores y distribuidores los documentos e información necesarias para verificar el cumplimiento de esta Ley, su reglamentación y los respectivos términos de las habilitaciones, realizando las inspecciones que al efecto resulten necesarias, con adecuado resguardo de la confidencialidad de información que pueda corresponder de acuerdo a lo dispuesto por la presente Ley;
- p)** Publicar información y asesorar a los sujetos de la industria del gas natural, siempre que con ello no perjudique indebidamente los derechos de terceros;
- q)** Aplicar las sanciones previstas en la Ley N° 17.319, en la presente Ley y en sus reglamentaciones y en los términos de las habilitaciones, respetando en todos los casos los principios del debido proceso;
- r)** Asegurar la publicidad de las decisiones que adopte, incluyendo los antecedentes en base a los cuales fueron adoptadas las mismas;
- s)** Someter anualmente al PODER EJECUTIVO NACIONAL y al CONGRESO DE LA NACION un informe sobre las actividades del año y sugerencias sobre medidas a adoptar en beneficio del interés público, incluyendo la protección de los consumidores y el desarrollo de la Industria del Gas Natural;
- t)** Ejercer, con respecto a los sujetos de esta Ley todas las facultades que la Ley N° 17.319 otorga a su "AUTORIDAD DE APLICACION";
- u)** Delegar en sus funcionarios las atribuciones que considere adecuadas para una eficiente y económica aplicación de la presente Ley;
- v)** Aprobar su estructura orgánica;



w) Delegar progresivamente en los gobiernos provinciales el ejercicio de aquellas funciones que considere compatibles con su competencia;

x) En general, realizar todo otro acto que sea necesario para el mejor cumplimiento de sus funciones y de los fines de esta Ley y su reglamentación.

(IV) Artículo 14 del Decreto 1738/92, reglamentario de la ley 24.076.

“Los Distribuidores no están obligados a vender gas a los Comercializadores”.

Artículo 2 inc 3 del Dec 1738/92, reglamentario de la ley 24.076.

“Con excepción de lo dispuesto expresamente en el artículo 83 de la Ley, para el período de transición es de interés general que el Precio del Gas (excluido el precio de los servicios de Transporte y Distribución) resulte del libre juego del mercado...”

(V) Código de Comercio.

Artículo 1º: :La ley declara comerciantes a todos los individuos que teniendo capacidad legal para contratar ejercen de cuenta propia actos de comercio, haciendo de ello su profesión habitual.

Artículo 2º: Se llama en general comerciante, a toda persona que hace profesión de la compraventa de mercaderías. En particular, se llama comerciante al que compra y hace fabricar mercaderías para vender por mayor y menor.

Artículo 8º: La ley declara actos de comercio en general 1) toda adquisición a título oneroso de una cosa mueble o de un derecho sobre ella, para lucrar con su enajenación, bien sea en el mismo estado en que se adquirió o después de darle otra forma de mayor o menor valor. 2) La transmisión a que se refiere el inciso anterior. 3) Toda operación de cambio, banco, corretaje o remate. 4) Toda negociación sobre letras de cambio o de plaza, cheque o cualquier otra clase de papel endosable o al portador. 5) Las empresas de fábricas, comisiones, mandatos comerciales, depósitos o transportes de mercaderías o personas por agua o por tierra. 6) Los seguros y las Sociedades Anónimas, sea cual fuere su objeto. 7) Los fletamentos, construcción, compra o venta de buques, aparejos, provisiones y todo lo relativo al comercio marítimo. 8) Las operaciones de los factores, tenedores de libros y otros empleados de los comerciantes, en cuanto concierne al comercio del negociante de quien depende. 9) Las convenciones sobre salarios de dependientes y otros empleados de los comerciantes. 10) Las Cartas de Crédito, fianzas, prendas y demás accesorios de una operación comercial y los demás actos especialmente deslindados en este Código.

(VI) Resolución ENARGAS N° 419/97 (se adjunta como subanexo I)

(VII) Resolución ENARGAS 421/97 artículo 1º

“Considérase comprendido dentro del concepto de comercializador establecido en el artículo 14 de la ley N° 24.076 a todo aquel que con excepción de las compañías distribuidoras o subdistribuidoras de gas por redes, efectúe transacciones de compraventa, compra y venta de Gas Natural y/o de su Transporte, por sí o por cuenta y orden de terceros. Quedarán asimismo sometidos a las disposiciones contenidas en el presente los productores que comercialicen gas natural y/o de transporte; es decir compren gas natural de la producción de terceros y/o su transporte para luego venderlo”.



Notas

- (1) Esta litografía de Daumiere sirve de ilustración a la filosofía del Derecho de G. Radbruch, Fondo de la Cultura Económica, México-Buenos Aires 1961. El diálogo entre los abogados es citado también por W. Goldschmidt Juris Tomo IV Pág. 527 y R. H. Brebbia Instituciones del Derecho Civil Editorial Juris Tomo I Pág. 15.
- (2) Introducción Filosófica al Derecho. 4º Edición. Editorial De Palma, Pág. 331.
- (3) Artículo 30 de la Constitución Nacional.
- (4) Caso Cochía (1994, E.D. N° 8457) citado por Humberto Quiroga Lavié - Constitución de la Nación Argentina comentada - Editorial Zavalía - 1996, Pág. 99.
- (5) Fernando Navajas - Publicación en el 34º Coloquio Anual “Los Consensos básicos Desarrollo y Sociedad, El desafío regulatorio, riesgos y oportunidades”, Mar del Plata 23 al 25 de septiembre de 1998.
- (6) Guido Tawil - Derecho Administrativo. Obra en homenaje a M. S. Marienhoff, Pág. 1356 - Abril de 1998.