

LA CRISIS ENERGÉTICA ARGENTINA Y LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LOS CONTRATOS DE EXPORTACIÓN, TRANSPORTE Y DISTRIBUCIÓN DE GAS¹

Nidia Karina Cicero²

RESUMEN: Factores climáticos, decisiones públicas y privadas desacertadas y la indefinición de los contratos impactados por la legislación de emergencia sancionada en la República Argentina en el año 2001, desencadenaron una crisis energética que motivó la dictación de normas que afectan los contratos de exportación, transporte y distribución de gas natural y que imposibilitan su cumplimiento en el modo originariamente pactado.

La insuficiencia de gas natural y de sus sistemas de transporte para satisfacer una demanda creciente obligó a instrumentar un sistema de cortes de servicio, de reconducción del gas transportado y de restricciones a las exportaciones que no sólo resintieron las relaciones bilaterales con la República de Chile sino que desarticulaban el régimen jurídico aplicable, que ya había sido alterado por la legislación de emergencia.

La gran discrecionalidad que se deja librada a las autoridades de aplicación del sistema, sumada a la opacidad del conjunto normativo y al limitado contralor judicial de este último, son cuestiones que merecen un atento estudio porque conspiran contra el establecimiento de una política regulatoria consistente y previsible y pueden facilitar la realización de prácticas de cooptación y de escasa transparencia.

1. PLANTEO DE LA CUESTIÓN

En ciertos casos, la línea divisoria entre lo que constituye una restricción al dominio que debe ser tolerada por razones de interés público y una decisión administrativa que aunque fundada en motivos de conveniencia general, restringe la propiedad privada, es muy sutil. En otros supuestos, la línea parece dibujada por un lápiz de trazo grueso.

Así, la prohibición de construir hasta una altura determinada por razones urbanísticas, la demolición de un edificio ruinoso o la ocupación temporaria de un predio para alojar personas que sufrieron los efectos de una inundación, implican sin duda una limitación al derecho de propiedad, pero no un menoscabo de ella. En estos casos, el detrimento que experimenta el derecho privado no llega a anularlo y, además, se sacrifica en aras de una prevalente utilidad colectiva.

1 Ponencia presentada en el Primer Congreso Iberoamericano de Regulación Económica. Santiago de Chile, 2005.

2 Abogada, con orientación en Derecho Administrativo, graduada con diploma de honor en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Es especialista en Derecho de la Regulación Económica, título otorgado por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral.

En cambio, medidas como las adoptadas por el estado argentino para contrarrestar la crisis económica de 2001, tales como transformar depósitos a plazo fijo en bonos de la deuda pública o determinar que el titular de un depósito en dólares no los reciba a su fecha de vencimiento sino tres años después y transformados en moneda nacional a una relación de cambio dos veces inferior, son, a mi entender, indudables ejemplos de acciones gubernamentales intrusivas en las relaciones particulares que a diferencia de las anteriores, exceden lo tolerable puesto que importan un cercenamiento, cuando no, una negación de derechos.³

Todos los actos de gobierno, tengan o no sustancia legislativa, alteran –en el sentido de modificar, cambiar, transformar– los derechos de los particulares. Sin embargo, lo relevante es determinar cuáles son los márgenes de tolerancia que los derechos individuales pueden soportar frente a las intromisiones de los poderes públicos y en qué casos tales intromisiones afectan el núcleo de los derechos y por ende puede ser jurídicamente admisible repeler tal injerencia.

En este estudio tomaré como ejemplo de esta tensión permanente entre poder y libertad, derecho de propiedad e interés general, el caso de las limitaciones introducidas por el decreto del Poder Ejecutivo de la República Argentina N° 180/04 y sus normas complementarias a los contratos cuya prestación se vincula con el suministro, transporte y/o exportación de gas.

2. LA CRISIS ENERGÉTICA ARGENTINA Y SU NORMATIVA CONSECUENTE

2.1. LAS CAUSAS

Los inconvenientes en la provisión de gas de los que se venía hablando como una posibilidad en el año 2003 se hicieron realidad en los primeros meses de 2004. Si bien no me detendré a examinar el porqué de la crisis, qué acciones se adoptaron para evitarla o en qué proporción los actores públicos y privados del sector colaboraron en su formación; sí creo necesario configurar mínimamente la plataforma fáctica de las medidas gubernativas que se dictaron para paliar los efectos de tal crisis en el mercado doméstico.

A mi modo de ver, pueden rastrearse dos tipos de causas⁴. Una natural, derivada de la escasez del recurso hídrico necesario para alimentar las usinas hidroeléctricas, ya que esta merma condujo a un incremento en la generación térmica y consiguientemente a un aumento en la necesidad del insumo gas⁵. El otro motivo, a diferencia del anterior, es atribuible al acierto o desacierto de las decisiones humanas, ya que la devaluación del peso y el congelamiento de tarifas de principios de 2002 hicieron que cayera dramáticamente el precio del gas y consiguientemente, que muchas industrias y gran parte del parque automotor, lo adoptaran como principal insumo en sustitución de otros combustibles.

3 Excede en mucho recordar aquí la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina relativa al derecho de la emergencia, cuyo último eslabón es el controvertido caso “Bustos” (Colección *Jurisprudencia Argentina*, Tomo 2004-IV-, pp. 257 y ss.).

4 M. DE LA RIVA, Ignacio, en “Permiso de exportación de gas: “título precario o derecho adquirido”, (Colección *Jurisprudencia Argentina*, Tomo 2005-I- pp. 1259 y ss.) hace un excelente planteo de la problemática creada a partir del decreto N° 180/04.

5 A fuer de ser sinceros, los factores climáticos lejos de agravar la crisis han ayudado a campearla. Así, dado que el invierno de 2005 fue benévolo en la Argentina, llovió lo suficiente y las usinas hidroeléctricas pudieron funcionar sin problemas y, además, la nieve caída en la República de Chile alcanzó para llenar sus embalses, los inconvenientes con el suministro de gas no se agudizaron durante el año 2005.

A estos factores puede agregarse lo que Marcelo Brichetto agudamente ha llamado la *incertidumbre regulatoria*, es decir la falta de definiciones en los contratos de transporte y distribución de gas impactados por la emergencia económica declarada por la ley N° 25.561 que impide o dificulta la toma de decisiones de inversión a largo plazo en una industria capital intensiva como la del gas.⁶ Sean cual fueren los motivos, lo cierto es que el aumento sostenido en la demanda no se vio acompañado con un aumento proporcional en la oferta, tanto de producción como de transporte y distribución de gas y por ende el fluido disponible no alcanza para satisfacer las demandas nuevas y las ya comprometidas.

Frente a este panorama las autoridades de la República Argentina se vieron obligadas a adoptar un conjunto de medidas que asegurara de alguna manera la provisión del fluido. Dado que administrar la escasez no es tarea fácil, se definió un programa de acción que se sustenta en dos prioridades: 1. mantener cubierta la demanda de los usuarios nacionales residenciales; y 2. una vez satisfecha la demanda anterior, asegurar el suministro para los restantes usuarios nacionales (básicamente, industriales). El esquema propuesto privilegia la demanda doméstica y dentro de esta, la de los usuarios domiciliarios o de pequeñas demandas sobre la de los usuarios industriales, que en su mayoría tenían pactados contratos de aprovisionamiento con los productores. También busca proteger el abastecimiento de gas natural a las centrales de generación térmica con el objeto de evitar la interrupción del servicio público de electricidad.

Como consecuencia de lo anterior, el programa implementado requiere sacrificar el

cumplimiento de obligaciones concertadas tanto entre los grandes usuarios y los productores y distribuidores nacionales como entre estos últimos y los usuarios extranjeros, que habían sido instrumentadas en contratos de exportación. Este último aspecto desató una polémica con el gobierno de Chile, principal destino de las exportaciones restringidas, cuyas consecuencias jurídicas, como dice Ignacio de la Riva, es difícil de aventurar.⁷

2.2. LA NORMATIVA RESTRICTIVA

Entre las acciones dispuestas por el Gobierno argentino en el contexto de la crisis energética, pueden enumerarse las siguientes:

- el establecimiento de un programa de uso racional de la energía eléctrica.
- la importación de gas natural desde Bolivia.
- la institución de un fondo fiduciario para atender las inversiones en transporte y distribución de gas.
- la creación de la empresa estatal ENARSA.
- la realización de acuerdos de precios entre productores y el Estado Nacional, que fue homologado por el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios.
- la compra de fuel-oil a la República de Venezuela.
- un mecanismo de cortes de servicio de gas a usuarios industriales, conforme a un orden de prioridades.
- la intervención en los contratos de exportación de gas a países limítrofes, a fin de destinar los saldos exportables al mercado interno.

6 BRICHETTO Marcelo, "Efecto de la incertidumbre regulatoria sobre la industria del gas". *Revista Administración Pública* N° 307, pp. 39 y ss.

7 DE LA RIVA, Ignacio, "Permiso de exportación de gas: "título precario o derecho adquirido" (n. 3).

- la creación del mercado electrónico del gas.
- el redireccionamiento del gas transportado a un destinatario distinto a su comprador, conforme las necesidades de abastecimiento que indique la Secretaría de Energía.

De este bloque de legalidad sólo me ocuparé de los decretos N°s. 180/04 y 181/04 y de algunas de las normas de rango inferior que los complementan, que son los que estructuraron el denominado “*régimen de infraestructura básica de gas durante el proceso de normalización del servicio público*”. Me importa resaltar, especialmente, el artículo 31 del decreto N° 180/04 en cuanto dispuso que de verificarse que el sistema de gas natural entre en situaciones de crisis de abastecimiento o genere este tipo de situaciones sobre otro servicio público, la Secretaría de Energía podría disponer *todas las medidas que se consideren necesarias para mantener un adecuado nivel de prestaciones*.

Esta cláusula, que bien podría servir como paradigma del otorgamiento de facultades discrecionales a un órgano público —nótese la amplitud de la cláusula tanto en lo relativo a la habilitación para configurar la situación fáctica como para seleccionar el medio para contrarrestarla— dio lugar a que se suspendieran permisos de exportación de gas previamente otorgados y a que se alterara el contenido de contratos de suministro, transporte y distribución de gas celebrados entre productores, transportistas y distribuidores y grandes usuarios; es decir, permitió que se configurase una acción gubernativa intrusiva en derechos de los particulares.

Veremos a continuación, y en mayor detalle, el contenido de estas acciones públicas restrictivas.

3. LAS RESTRICCIONES AL RÉGIMEN DE EXPORTACIÓN DE GAS. LA PROBLEMÁTICA DE LOS CONTRATOS YA PACTADOS

En cumplimiento de lo dispuesto por el decreto N° 180/04, la Secretaría de Energía de la Nación dictó la resolución N° 265/2004, por cuyo intermedio dispuso:

1. la suspensión de las exportaciones de excedentes de gas natural útiles para el abastecimiento interno;
2. la suspensión del trámite de los pedidos de autorización para exportar gas natural en curso o por iniciarse en el futuro; y
3. encomendar a la Subsecretaría de Combustibles la elaboración de un programa de racionalización de exportaciones de gas y del uso de la capacidad de transporte que previera un esquema de cortes útiles para abastecer el mercado interno.

A través del “Programa Complementario de Abastecimiento al Mercado Interno de Gas Natural” que sustituyó al “Programa de Racionalización de Exportaciones de Gas Natural y del Uso de la Capacidad de Transporte”⁸, que la Subsecretaría de Combustibles había aprobado por la disposición SSC. N° 27/2004, no sólo se mantuvo la suspensión de la exportación de excedentes de gas sino que también se limitó con alcance general los volúmenes de exportación autorizados, al establecer que ellos no podrían superar el tope brindado por el volumen efectivamente exportado bajo cada permiso durante el año 2003.

Adicionalmente, el programa previó también el dictado de medidas singulares de suspensión y redireccionamiento del gas destinado a exportación, órdenes que se emitirían a

⁸ Este programa complementario fue introducido por la Resolución de la Secretaría de Energía de la Nación N° 659/04.

medida que la autoridad administrativa determinara la necesidad de contar con dichos volúmenes para cubrir la demanda prioritaria en el mercado interno.

En lo sustancial, se ideó un mecanismo de cortes selectivos a las exportaciones de gas ya acordadas, para lo cual se autorizó a la Subsecretaría de Combustibles a instruir a los productores exportadores de gas natural para que inyectaran en el sistema de transporte o distribución el volumen de gas adicional que resultare necesario para satisfacer la demanda de los usuarios del mercado argentino a ser abastecidos con carácter prioritario.⁹

Esta decisión de recortar exportaciones ya acordadas y destinar los volúmenes orientados hacia el mercado externo para satisfacer las urgencias domésticas, implicó desbaratar relaciones contractuales ya celebradas y alterar los términos de pactos que eran ley para las partes que los firmaron. Frente al recuerdo cercano de la pesificación asimétrica, inflación y congelamiento de tarifas, esta práctica del gobierno argentino no sorprende a los operadores jurídicos locales puesto que se inscribe en lo que parece ser la desafortunada costumbre de desbaratar las relaciones privadas y defraudar la confianza pública.

Sin embargo, este caso presenta mayor gravedad puesto que la normativa dictada ha alterado relaciones negociales celebradas con personas extranjeras y en consecuencia sus efectos exceden el ámbito doméstico y abren un foco de conflicto internacional con la república de Chile, principal país damnificado por la

reducción de los volúmenes de gas exportables, que a la sazón es un país que adhiere a la comunidad de naciones del MERCOSUR, aunque no sea un miembro integrante. Aun cuando probablemente el agua no llegará al río, puesto que luego de las rispideces iniciales Argentina inició un camino de conciliación y consulta previa con la República chilena¹⁰, no parece existir, al menos a mi modo de ver, una cabal conciencia de que todos los tratados internacionales –sean de derechos humanos o de complementación económica– resultan obligatorios para el Estado que los suscribe y su incumplimiento puede acarrear consecuencias pecuniarias. Probablemente sea políticamente más correcto proclamar el respeto irrestricto a los tratados de derechos humanos que a los acuerdos de contenido comercial, pero en un mundo económicamente globalizado los instrumentos de integración económica son el pasaporte para el crecimiento interno.

Para las autoridades, los responsables de la situación de colapso han sido los productores, y según esta lógica, ello justificaría la intervención en sus contratos¹¹. Al margen de que este argumento no deja demasiado bien parados a los productores nacionales ante un hipotético procedimiento arbitral en el ámbito internacional por incumplimiento contractual, es obvio que no resulta oponible al cocontratante extranjero; a lo sumo, podría ser alegado frente a una hipotética acción resarcitoria pretendida por los exportadores frente al Estado Argentino.

9 DE LA RIVA, Ignacio, "Permiso de exportación de gas: "título precario o derecho adquirido" (n. 2).

10 Este sendero menos confrontativo desde el punto de vista de la relación entre Estados no significa que los contratos de exportación no continúen siendo alterados. En efecto, aun con intensidad y frecuencia variables, los cortes a las industrias chilenas se mantienen.

11 En este sentido, en los considerandos de la Resolución N° 265/04 se señala que "... de los análisis e información con que cuenta la SECRETARÍA DE ENERGÍA se ha verificado una fuerte disminución de la inversión en el desarrollo y exploración de proyectos de gas por parte de los productores, y ello a pesar de la necesidad de cumplir con sus obligaciones de abastecimiento al mercado doméstico, como condición previa a la exportación de gas natural y de electricidad generada con gas natural".

Por otra parte, resulta contradictorio que se alteren los convenios de exportación ya cerrados cuando menos de dos años antes se dolarizaron las tarifas de transporte de gas natural destinado a la exportación. En efecto, por imperio del decreto de necesidad y urgencia N° 689/02, estas tarifas quedaron exentas de la pesificación dispuesta por la ley N° 25.561 y el decreto N° 214/02, y consiguientemente permanecieron expresadas en dólares estadounidenses a todos los efectos pactados¹². Más allá del cuestionamiento que pueda merecer la redolarización de estas tarifas por medio de una norma sub-legal, esta medida fue dispuesta con el propósito de incentivar la exportación, atenuar el impacto de la devaluación sobre los agentes económicos que operan en el país y favorecer el ingreso de divisas originadas en exportaciones de bienes y servicios. Alterar estos contratos dos años después no parece ser una decisión gubernativa adecuada o suficientemente estudiada.

Finalmente, la obligación de satisfacer el abastecimiento interno que establece el artículo 3° de la ley N° 24.076 que aprueba el marco regulatorio gasífero como condición para autorizar las exportaciones tampoco puede ser blandida como justificativo de las restricciones incorporadas a acuerdos ya cerrados. Cierzo es que nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de una reglamentación o de una ley¹³ pero ello es así siempre que no medie vulneración de los derechos adquiridos, definitivamente incorporados al patrimonio de las personas a la que se pretende aplicar la ley

nueva¹⁴. Si bien el régimen jurídico que regula determinados hechos puede cambiarse, incluso con efectos retroactivos (puesto que el principio de irretroactividad no tiene jerarquía constitucional), este principio legal se transforma en una garantía constitucional cuando la aplicación retroactiva desbarata relaciones jurídicas válidamente concertadas al amparo de la legislación anterior.

Es elemental que una vez desatada la crisis, la prioridad del abastecimiento doméstico debe dominar el examen de cualquier solicitud de exportación futura pero los permisos que ya fueron otorgados por la autoridad pública, dieron lugar al nacimiento de derechos que deben ser respetados. La hipotética reparación que posteriormente pudiera acordarse a los perjudicados, con sustento en la responsabilidad del Estado por actividad lícita, no puede encaramarse en un sistema de empleo recurrente puesto que la regla para los entes públicos debe ser no dañar. Dañar pero compensando los perjuicios es un recurso facilista y a la larga, se transforma en cómplice de políticas desaprensivas que se desentienden del costo fiscal que aparejan.

4. ALTERACIÓN A LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE GAS

Otra medida dictada en el marco del decreto N° 180/04 fue la resolución N° 503/04 de la Secretaría de Energía de la Nación que aprobó el “Mecanismo de uso prioritario

12 Sobre la problemática generada por el decreto N° 689/02 se ha expedido recientemente la Sala III de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal en autos “Colbún SA . Res 2687 - 2773/2002 - 2796 - 1812/2003 ENARGAS (exp 7914/02)” sentencia del 27/05/05, publicada en *Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo de Jurisprudencia Argentina*, 30/11/2005, con nota de Juan Bosch, “El control judicial de las tarifas de transporte de gas natural (con respecto a la sentencia “Colbún)””.

13 CSJN “Banco del Chaco”, Fallos 311:1880, entre muchos otros.

14 CSJN “Estevez”, Fallos 251:78; conf. SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, 2 ed., Astrea, Tomo 2, pp. 487 in fine - 488.

del transporte para el abastecimiento de la demanda no interrumpible”.¹⁵

Al igual que las demás resoluciones y disposiciones que regulan esta temática, la resolución N° 503/04 se caracteriza por su opacidad, tecnicidad y enorme dificultad interpretativa, inclusive para los expertos. Este dato de por sí constituye un indicio negativo a la hora de juzgarla puesto que aun cuando se trate de una norma principalmente destinada a los actores del sector energético, no puede ser ininteligible para el resto de los operadores jurídicos y en última instancia para el público en general.¹⁶

Pablo Rueda en su artículo *El redireccionamiento de la propiedad privada. A propósito de la resolución SE N° 503/04*,¹⁷ traduce el contenido de la resolución en cuestión y lo resume del siguiente modo:

1. Las licenciatarias de transporte deben calcular diariamente la demanda de gas natural que las distribuidoras solicitaron el respectivo día a los productores para que les entreguen, y a la respectiva licenciataria de transporte para que les transporte.
2. Luego, las licenciatarias de transporte deben calcular la diferencia entre I) las cantidades determinadas conforme al acápite 1. precedente y II) las cantidades que los productores están dispuestos a entregarles ese respectivo día.
3. Una vez determinada la diferencia conforme al acápite 2. precedente, las licenciatarias

de transporte deben por orden del Ente Nacional Regulador del Gas (en lo sucesivo, ENARGAS), y en virtud de la resolución N° 503/04, tomar el gas que otros consumidores le dieron en custodia para ser transportados bajo la modalidad de interrumpible, para ser entregado a las licenciatarias de distribución hasta cubrir el déficit en cuestión ese día.

La consecuencia de este mecanismo es que el transportista en lugar de llevar el gas del productor a su comprador, debe, por orden de ENARGAS y por imperio de esta normativa, reconducirlo hacia un distribuidor en las cantidades que resulten necesarias para cubrir la demanda no interrumpible de este último. Dicho en términos sencillos, el gas que un productor le vende a un gran usuario y que es llevado de un punto a otro del sistema por un transportista, puede ser “captado” en el trayecto para paliar la necesidad de fluido que tiene un distribuidor, que está obligado a cubrir suministros no interrumpibles (mayormente de usuarios residenciales e industriales no firmes).

Como apunta Pablo Rueda, el esquema pautado conduce a que el transportista esté autorizado a tomar el gas destinado a un comprador para entregarlo a otro, a fin de privilegiar a las distribuidoras que a su vez destinan el fluido para satisfacer prioritariamente las demandas residenciales. Este redireccionamiento importa la alteración del convenio celebrado entre un productor y un gran usuario y por ende, la afectación del derecho de propiedad.

15 Esta resolución al igual que la disposición de la Subsecretaría de Energía N° 27/04 fue parcialmente modificada por la Resolución SE 659/04, que aprobó el Programa Complementario de Abastecimiento al Mercado Interno de Gas Natural, que sustituyó al Programa de Racionalización de Exportaciones de Gas y del Uso de la Capacidad de Transporte, establecido por la Disposición de la Subsecretaría de Combustibles N° 27 de fecha 29 de marzo de 2004.

16 Esta “opacidad” es plenamente predicable de la Resolución N° 752/05 de la Secretaría de Energía de la Nación que mejora, corrige y amplía los términos del programa instaurado por la Resolución SE N° 659/04, puesto que introduce enormes modificaciones a la regulación gasífera, especialmente con relación a los grandes usuarios de gas, que son casi inabordables para quienes no sean especialistas en el tema.

17 La ley 03/09/2004.

Sería un gran error perder de vista que *toda esta problemática se vincula con la cuestión tarifaria* puesto que como dije al inicio, la rebaja en términos relativos del gas fomentó que gran parte del parque automotor sustituyera la nafta, cuyo precio está desregulado, por el gas natural comprimido y que muchos grandes usuarios volvieran a abastecerse de los distribuidores dado que la tarifa de distribución se encuentra congelada desde el año 2001. Sin embargo, la ventaja comparativa de tener un insumo barato se esfuma al no haber suficiente gas ni un adecuado sistema de transporte. Como dice Brichetto, en un escenario de escasez cualquier ventaja comparativa termina diluyéndose porque no existe combustible más caro que aquél que no puede consumirse¹⁸, máxime cuando los faltantes de energía deben completarse con importaciones de otros países a precios mucho más elevados. En este contexto, mantener durante casi tres años una situación de indefinición en materia tarifaria parece conspirar contra la obtención de soluciones sostenibles y duraderas y que requieren de planificación y de ejecución de obras de largo aliento.

5. LA REPERCUSIÓN DE ESTA NORMATIVA EN LA JURISPRUDENCIA

Como era de esperar, no pasó mucho tiempo para que los tribunales argentinos se vieran enfrentados con medidas cautelares solicitadas por grandes usuarios industriales que veían en ciernes un corte del servicio de gas. En casi todos los casos, la verosimilitud del derecho alegado se derivaba del marco regulatorio preexistente y más precisamente, de los contratos de suministro celebrados bajo su

amparo con los productores, distribuidores y transportistas. En cuanto al peligro en la demora, se configuraba por los efectos que una potencial interrupción del servicio provocaría en el desenvolvimiento de la actividad productiva o comercial de los grandes usuarios.

En líneas generales estos pedidos prosperaron ante los juzgados de primera instancia pero luego fueron revocados por los tribunales de alzada. A título ejemplificativo, recordaré dos causas falladas por la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal y un grupo de sentencias dictadas por la Cámara Federal de Rosario, todas ellas sin éxito para los peticionantes.

1. En “*Alberto F. Vásquez e hijos v. EN.- Ministerio de Planificación*”, fallada por la Sala 3ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, el 27 de abril de 2005, la actora –empresa dedicada a la fabricación de harinas de carne y huesos que se utilizan para la elaboración de alimento balanceado, fertilizantes, sebo y grasa para su posterior refinamiento– dedujo una acción meramente declarativa contra el Poder Ejecutivo Nacional y el Ente Nacional Regulador del Gas a fin de que se hiciera cesar el estado de incertidumbre que existía sobre su derecho patrimonial, declarando la inconstitucionalidad de los mecanismos de cortes de servicio de modo que la empresa pudiera seguir funcionando normalmente.

A tal fin, solicitó la declaración de inconstitucionalidad de la resolución N° 503/04 y de todas las demás normas concordantes del decreto N° 180/2004, en cuanto autorizaron la interrupción de la provisión de gas natural. Asimismo, pidió se dictase a título cautelar la suspensión de la normativa cuestio-

18 BRICHETTO, Marcelo, “Efecto de la incertidumbre regulatoria sobre la industria del gas”, (n. 5).

nada y se ordene al ENARGAS que se abstenga de proseguir con el corte del fluido, manteniéndose las condiciones de suministro en la misma modalidad que las pactadas con anterioridad a la vigencia de la normativa impugnada. La jueza de grado desestimó la medida cautelar solicitada por la actora y la Cámara confirmó este decisorio.

Para así decidir, el Tribunal de Alzada recordó las particularidades de la contratación celebrada entre la distribuidora Gas Natural Ban S.A. y la actora, de las que se desprende que la actora sabía y aceptaba que las categorías de servicios residencial, General P., General G., subdistribuidor y GNC debían ser abastecidas en forma prioritaria así como también admitía el mecanismo de cortes dispuesto por el decreto N° 180/2004. También destacó que la accionante había pactado que el servicio de transporte y distribución que le proveería la distribuidora correspondía a las condiciones especiales del servicio *interrumpible* y que el servicio interrumpible estaba sujeto a reducciones y/o interrupciones en cualquier momento a juicio de la distribuidora, con seis (6) horas de aviso por parte de la misma. Además, la empresa tampoco había probado adecuadamente el peligro en la demora ya que no había acreditado la actualidad, frecuencia y duración de los cortes del suministro del fluido, ni la incidencia de las restricciones en el proceso productivo.

Reseñados los pormenores del caso, no sorprende que el tribunal haya rechazado el pedido de cautela, ya que lo definitorio, al menos en el nivel de conocimiento que admite una medida cautelar, es que el servicio de provisión de gas acordado entre el actor y la demandada era interrumpible, tal como acontece por regla general en los contratos de su-

ministro entre los grandes usuarios y los productores. En consecuencia, lejos de asegurar una provisión constante del fluido, contempla expresamente la existencia de cortes, aunque de una duración estimada.

En el caso la empresa no había probado que tal frontera se hubiera traspasado por lo que el daño invocado se presentaba, al menos en el estadio de análisis en el que se hallaba la Cámara, como meramente conjetural.

2. En la sentencia dictada en el expediente *Digon SA v. EN-Dto. 180 y 181/2004 s/medida cautelar (autónoma)*, la Sala 4ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal¹⁹, confirmó el rechazo de la medida cautelar autónoma planteada para que ordenara la inaplicabilidad de los decretos N°s. 180/04 y 181/04 y de toda la normativa dictada en su consecuencia y que, por lo tanto, se dispusiera la no modificación de las condiciones de contratación y suministro de gas a la empresa peticionante.

Luego de recordar la normativa aplicable al caso y las razones de emergencia que la sustenta, el Tribunal estimó que no bastaba la sola posibilidad de que el servicio sufriera interrupciones transitorias para tener por configurada la verosimilitud de la pretensión requerida.

3. Las causas *Unión Industrial de Santa Fe, Cristalerías Rosario, Indugas, ICI ARG. SAIC, y Leiner Argentina*²⁰ tienen en común haber sido resueltas por la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario. En ellas la Unión de Industrial de Santa Fe en representación de sus asociados y varias industrias que tenían pactados contratos de suministro con distintos productores y contratos de transporte con la empresa Litoral Gas, solicitaron la declaración de inconstitucionalidad de los decretos N°s. 180/04 y 181/

19 Sentencia del 7/06/05, disponible en www.lexisnexis.com.ar.

20 Del 28/10/04, 28/10/04 12/11/04, 3/02/05, y 18/02/05 respectivamente.

04, en cuanto posibilitan la interrupción del servicio de gas y limitan el acceso al suministro.

En todos los casos la Cámara Federal revocó las medidas cautelares que habían sido acordadas en primera instancia a favor de los actores, por considerar que no se habían probado sus extremos de procedencia. En este sentido, entendió que la verosimilitud del derecho no resultaba manifiesta frente a la presunción de legitimidad de los actos atacados y el peligro en la demora no se configuraba puesto que los mecanismos de cortes que contempla la normativa impugnada sólo se activan ante situaciones de emergencia o de crisis de abastecimiento y tampoco se había probado el perjuicio irreparable que la interrupción del suministro podía provocar.

Al glosar una sentencia en la que se acordaba una medida cautelar solicitada con el objeto de que no se interrumpiera la provisión de gas natural a cuatro generadores térmicos ubicados en la provincia de Salta²¹, señalé que las medidas cautelares no suelen llevarse del todo bien con las cuestiones regulatorias. En este sentido, recordé la tensión existente entre la necesidad de verificar sumariamente la verosimilitud del derecho invocado y el principio general de la concesión *inaudita parte* de la tutela cautelar; y la dificultad comprensiva que ofrece la temática regulatoria y el indeterminable espectro de afectados y/o alcanzados por los efectos de la cautela que se otorgue en el marco de un proceso que envuelve la prestación de un servicio público.

Esta peculiaridad se presenta sin duda en los casos jurisprudenciales que acabo de re-

cordar pues la complejidad del tópico en debate no encuentra adecuada cabida en el estrecho contorno de una medida cautelar. No debiera sorprender entonces que tales peticiones precautorias sean rechazadas ni tampoco que estas desestimaciones no importen un juicio final acerca de la legitimidad del sistema impugnado puesto que esto último requiere un examen mucho más profundo y detenido de todas las cuestiones fácticas y jurídicas involucradas.

6. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Resulta atinado recordar aquí que a diferencia de las facultades regladas, en las que el orden jurídico establece en forma concreta la conducta determinada que el órgano administrativo debe seguir, cuando median facultades discrecionales la autoridad pública goza de cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una cosa u otra, o hacerla de una u otra manera. La diferencia crucial entre ambos conceptos reside en que mientras que en el primer caso la conveniencia u oportunidad de la actuación administrativa es contemplada de antemano por el legislador o por los reglamentos, en las facultades discrecionales este criterio de meritación y conveniencia es dejado a la apreciación del órgano que dicta el acto. Es él quien aprecia la oportunidad o conveniencia a los intereses públicos y por ende quien tiene un margen de elección, sea de las circunstancias ante las cuales dictará el acto, sea del acto que dictará ante una circunstancia.²²

21 CICERO, Nidia Karina, "La protección cautelar frente a cuestiones regulatorias complejas", Colección Jurisprudencia Argentina. Tomo 2004-II, pp. 156 y ss.

22 GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 1. Parte General. 5ª Edición*. (Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires. 2000). Cap. X, pág. 12 y ss; Domingo Juan SESIN, *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*. 2ª Edición Actualizada y Ampliada. (LexisNexis Depalma. Buenos Aires, 2004).

La normativa que vengo comentando sin duda se enmarca en la discrecionalidad. En tal sentido, el artículo 31 del decreto N° 180/04 faculta a la Secretaría de Energía a disponer *todas las medidas que se consideren necesarias para mantener un adecuado nivel de prestaciones, en caso que verificase que el sistema de gas natural entre en situaciones de crisis de abastecimiento o genere este tipo de situaciones sobre otro servicio público*. Ello permite que la Secretaría de Energía y sus subsecretarías tengan amplísimas facultades tanto para caracterizar una situación como crítica a los fines del abastecimiento como para seleccionar los medios más convenientes para contrarrestarla. La Administración se transforma así en juez de los hechos y en selector de los medios, y en ejercicio de tales atribuciones, se han suspendido permisos, redireccionado contratos y alterado cláusulas de suministro.

Lo preocupante en el caso es que los parámetros dentro de los cuales se ejercen estas facultades discrecionales no parecen haber sido debidamente establecidos por el legislador. En efecto, la relación entre la normativa dictada y la ley de emergencia N° 25.561 resulta al menos poco directa, ya que la crisis energética no fue la plataforma fáctica considerada por los autores de tal norma, que es reiteradamente invocada en los considerandos del decreto N° 180/04. Por otra parte, si bien sí es manifiesto el vínculo con la ley N° 24.076 que aprobó el marco regulatorio gasífero, no lo es tanto que la prioridad de abastecimiento al mercado interno consagrada en su artículo 3° permita suspender o dejar sin efecto permisos de exportación ya acordados. Mucho menos que autorice a los transportistas a reconducir el fluido que deben transportar a alguien distinto a su comprador. Si a ello se suma la opacidad de la normativa, queda planteado un

caldo de cultivo poco propicio para la transparencia en el ejercicio de la gestión pública. Gran discrecionalidad y enorme tecnicismo pueden conllevar a prácticas poco claras y propiciar la cooptación o la captura de los órganos encargados de implementar el sistema.

Es verdad que el mayor grado de autonomía para juzgar la oportunidad y conveniencia del dictado del acto no implica que los actos administrativos emitidos en ejercicio de potestades discrecionales estén eximidos de control judicial. Ello es así porque la circunstancia de que la Administración obre en ejercicio de facultades discrecionales, en modo alguno puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, puesto que es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado.²³

No obstante, también es sabido que el alcance del control judicial es más limitado en estos casos puesto que los límites a la discrecionalidad están dados por las categorías de la razonabilidad, la buena fe y la desviación de poder, que constituyen limitaciones más o menos elásticas, vagas e imprecisas, que necesitan de una investigación de hecho en el caso concreto a fin de determinar su transgresión. En este sentido, en autos *Vila, Gonzalo Martín c/ Escuela Superior de Comercio Carlos Pellegrini -UBA- slamparo ley 16.986, del 7/07/01*, la Sala V de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal ha dicho que “...si bien toda la actividad administrativa se encuentra sujeta al contralor judicial, sea la elaborada en ejercicio de facultades regladas o discrecionales, la intensidad del control disminuye cuando el Poder Judicial debe juzgar la oportunidad de una decisión administrativa en aquellos actos en que, simultáneamente, se confiere a la Administración un poder discrecional para apreciar el mérito de

los actos administrativos; “...en tales situaciones, no se puede desconocer –sin incurrir en denegación de justicia– que los tribunales judiciales se encuentran habilitados para proceder a la revisión definitiva de esos juicios de oportunidad cuando ellos fueron emitidos mediando irrazonabilidad o arbitrariedad, vicios éstos que operan una suerte de mutación en el tipo de revisión que se transforma en un control de ilegitimidad”.²⁴

Por lo dicho, la revisión de un acto administrativo emitido en uso de facultades discrecionales, únicamente opera en sede judicial en casos extremos, cuando se haya obrado en forma arbitraria o irrazonable²⁵. Ello porque en estos casos el órgano dotado de potestad reglamentaria está habilitado para establecer condiciones, requisitos, limitaciones o distinciones que respeten el espíritu de la norma, sirvan razonablemente a su finalidad y no rebasen el ámbito en que la interpretación es opinable y posible la solución entre varias alternativas.²⁶

Estos criterios tradicionales de que el contralor judicial no tiene los mismos alcances tratándose de atribuciones discrecionales, aplicado al sistema jurídico que vengo comentando, conduce a ampliar aún más el de por sí elástico criterio de determinación de los hechos y de selección de los medios que se deja librado a la decisión administrativa, con lo que evidentemente aumenta el peligro de que las restricciones que se impongan excedan el margen de tolerancia que resisten los derechos de los particulares.

7. CONCLUSIONES

Cualquier sistema jurídico que afecte derechos individuales será constitucionalmente admisible en la medida que pueda atravesar exitosamente la prueba de la razonabilidad: principio de índole supralegal²⁷, garantía innominada o aspecto sustantivo del debido proceso, que constituye al decir de Juan Francisco Linares, un estándar, patrón o módulo que permite determinar, dentro del arbitrio que la Constitución deja al legislador, hasta dónde éste puede restringir la libertad del individuo.

En su obra “*Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina*”, Linares sostiene que el debido proceso sustantivo o garantía de la razonabilidad es la exigencia constitucional de que las leyes deben contener una equivalencia entre el hecho antecedente de la norma jurídica creada y el hecho consecuente de la prestación o sanción, teniendo en cuenta las circunstancias sociales que motivaron el acto, los fines perseguidos con él y el medio que como prestación o sanción establece dicho acto.²⁸

Linares explica que la razonabilidad, como garantía innominada, presenta dos aspectos: la razonabilidad de la ponderación y la razonabilidad de la selección. Esta última involucra la garantía de igualdad ante la ley y las cargas públicas que contempla el artículo 16 de la CN. Cuando el legislador aplica soluciones diferentes a situaciones iguales, la norma presentará una irrazonabilidad en la selección.

24 En el mismo sentido, CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo, Quinta Edición Actualizada*, (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998) T° II, pp. 119/124).

25 Fallos 278:131 y 303:1029 y Cam. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala III, autos *Moia, Horacio Enrique c/E.N. - Jefatura de Gabinete de M° - Sec. De la Función Públ. s/proceso de conocimiento*, del 29/11/01.

26 CSJN “Juárez”, Fallos 313:433, del 10/4/1990.

27 Receptado por el Pacto de San José de Costa Rica.

28 Conf LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina”*. 2ª Edición. (Astrea. Buenos Aires, 1989), pp. 31.

Alberto B. Bianchi, al comentar este concepto, sostiene que para examinar la razonabilidad de una ley “...no deben confrontarse los fines que ella invoca y los medios que utiliza para la consecución de tales fines. La confrontación debe ser entre la Constitución y el derecho, tal como el mismo ha quedado luego de su reglamentación. Si la situación de ese derecho es tolerada por la Constitución, el Congreso ha obrado conforme al debido proceso legal, es decir, razonablemente”²⁹

En definitiva, el principio de razonabilidad es el punto de partida de cualquier sistema jurídico³⁰. Conforme a él debe analizarse la juridicidad de todos los actos de los poderes públicos y las restricciones que éstos imponen a los derechos de los particulares.

Permítaseme tener fundadas dudas acerca de la razonabilidad del sistema normativo que vengo estudiando. Su justificativo ha sido satisfacer prioritariamente la demanda interna de gas y ello llevó a sacrificar los contratos de exportación ya firmados y los convenios de suministro pactados entre productores y grandes usuarios. Sin embargo, las medidas adoptadas imponen sacrificios a derechos individuales pero no atacan el fondo del problema sino sólo sus consecuencias más explosivas. Es probable que productores, transportistas y distribuidores hayan dejado de cumplir ciertos deberes de inversión y por ende no sean totalmente ajenos a la producción de la crisis pero en todo caso no son los únicos responsables ni tampoco los más perjudicados puesto que quienes sufren los mayores daños son todos los

usuarios argentinos –actuales y potenciales– y también los extranjeros.

Los especialistas ya alertan respecto a la baja en las reservas de gas y petróleo, a la saturación del sistema de transporte de gas y a una perspectiva no muy auspiciosa de que Argentina pase de ser exportadora de gas a importadora del mercado boliviano. Estos problemas requieren soluciones inmediatas puesto que si las reservas energéticas de origen fósil se estiman en 9-10 años para el petróleo y 11-12 años para el gas, paulatina y progresivamente, irá cayendo el rendimiento de los yacimientos y simultáneamente los costos de producción irán subiendo acompañando la pérdida de rendimiento.

Lo que aflora en invierno es que no hay suficiente gas. Lo que subyace todo el año es un grave problema irresuelto, que no admite políticas improvisadas ni erráticas, sino soluciones meditadas y acertadas. A la luz de la experiencia reciente, mantener la incertidumbre contractual y la indefinición tarifaria no ha ayudado a superar la crisis del sector energético. La consabida práctica nacional de restringir derechos individuales para proteger una escurridiza noción de bien común no parece estar dando resultados.

De *lege ferenda* sólo cabe postular el ajustarse a un principio cardinal de cualquier ordenamiento jurídico: *pacta sunt servanda*. El cumplimiento de los contratos y la abstención gubernamental de intervenir en su ejecución pareciera ser la clave que muchos países, de mayor desarrollo que la República Argentina, han encontrado para potenciar su crecimiento social y económico.

29 BIANCHI, Alberto, *Dinámica del Estado de Derecho. La seguridad jurídica ante las emergencias*. (Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., 1996), pp. 102.

30 GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 1. Parte General* (n. 21). T. I, capítulo VI.

