

Luis Ferney Moreno Castillo (Director)
Carlos Villanueva (Coordinador)

ANUARIO IBEROAMERICANO DE DERECHO DE LA ENERGÍA

VOL. III

EL DERECHO DE LA ENERGÍA SOSTENIBLE

LUIS FERNEY
MORENO CASTILLO
(DIRECTOR)

CARLOS
VILLANUEVA
(COORDINADOR)

ANUARIO IBEROAMERICANO DE DERECHO DE LA ENERGÍA

VOLUMEN III
EL DERECHO DE LA
ENERGÍA SOSTENIBLE

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Anuario iberoamericano de derecho de la energía. Volumen III, El derecho de la energía sostenible / Luis Ferney Moreno Castillo (director) ; Carlos Villanueva (coordinador) ; Manuel Salvador Acuña Zepeda [y otros].
– Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2021.

544 páginas : ilustraciones ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587906240

1. Derecho minero – 2. Cambios climáticos – 3. Energía renovable – 4. Energía eólica – 5. Recursos energéticos I. Moreno Castillo, Luis Ferney, director II. Villanueva Martínez, Carlos Alberto, coordinador III. Acuña Zepeda, Manuel Salvador IV. Universidad Externado de Colombia V. Título VI. Serie

348.3 SCDD 15

Catalogación en la fuente – Universidad Externado de Colombia MRJ

junio de 2021

ISBN 978-958-790-624-0

© 2021, LUIS FERNEY MORENO CASTILLO (DIRECTOR)

© 2021, CARLOS VILLANUEVA (COORDINADOR)

© 2021, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (57 1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: junio de 2021

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: José Ignacio Curcio Penen

Composición: Marco Robayo

Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.S. - Xpress Kimpres

Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

ESTELA B. SACRISTÁN*

*Conflictos en el segmento distribución de gas:
principios que surgen de la práctica regulatoria
y la jurisprudencia en Argentina*

SUMARIO

Introducción. I. Usuarios actuales y usuarios potenciales. A. Aclaración preliminar. B. Mirada prospectiva. C. Efectos de la incorporación de nuevos usuarios. D. Costos involucrados. II. Algunos conflictos y principios inferibles. A. Principio de no afectación de los usuarios actuales. 1. Caída de presión. 2. Saturación del sistema. 3. Afectación de demanda contratada. 4. Carácter limitable de la provisión del servicio. 5. Facultades de la distribuidora. 6. La capacidad comprometida como límite al *open access*. 7. Consideración del sistema todo. 8. Temporaneidad y claridad de la comunicación del condicionamiento. B. Principio de realidad técnica. C. Principio de razonabilidad. 1. En las normas. 2. En la jurisprudencia. D. Principio de celeridad. E. Principio de capacidad disponible. 1. Distinción entre capacidad disponible y capacidad incremental. 2. Experiencia regulatoria. a. Carga de la prueba. b. ¿Capacidad existente como capacidad prevista? Conclusiones. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Parecería que ocurrió ayer; la reforma constitucional de 1994 es algo que tenemos muy presente en Argentina, aun después de veinticinco años¹. Esa reforma produjo modificaciones de tipo orgánico, como la constitucionalización de la figura del Defensor del Pueblo de la Nación, órgano de la esfera del Congreso de la Nación², y también

* Doctora en Derecho de la UBA; especialista en Derecho Administrativo Económico de la UCA; abogada de la UMSA; incorporada al Instituto de Derecho Administrativo y al Instituto de Derecho Constitucional “Segundo V. Linares Quintana” de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires; acreedora del Premio “Corte Suprema de Justicia de la Nación”; desde 2005 se desempeña en el sector privado. Correo electrónico: es@bgcv.com.ar. Se agradecen los ricos intercambios y comentarios del colega y actual juez Leonardo Massimino, así como la experiencia cosechada en el dictado de clases en el Centro de Estudios de la Actividad Regulatoria, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Correo electrónico: es@bgcv.com.ar.

1 Para una rica reseña e interpretación de los antecedentes de esta reforma constitucional cfr. GREGORIO BADENI. “La reforma Constitucional de 1994”, *Pensar en Derecho*, n.º 5, Buenos Aires, Eudeba, 2014, pp. 9-16.

2 El artículo 86 de la Constitución Nacional establece: “El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución

incorporaciones trascendentes en materia de derechos, en especial de derechos humanos³.

Pero en cierto modo, hubo algo más emergente de esa reforma constitucional: se produjo un cambio de paradigma respecto del rol del Estado. Este, que en la Constitución de 1853 solo incidía en la vida económica privada por vía del poder de policía –restringido a la higiene, la salubridad y la seguridad–⁴ y, más trascendente aún, por medio de la denominada “cláusula de la prosperidad”, con la estrella orientadora de la función de atracción de capitales extranjeros⁵, asumió, a partir de 1994, un rol diferente: ya no acotado a aquellas vías de actuación sino alcanzando un mayor radio. Se destaca, en este plano, el artículo 42, Constitución Nacional y la protección de los consumidores o usuarios de bienes y servicios”⁶.

El usuario o consumidor de bienes y servicios goza de diversos derechos, enumerados en el artículo citado, los cuales, a su vez, son detallados en la Ley reglamentaria 24240^[7]. Al mismo tiempo, mediante sus diversos órganos el Estado tiene competencias que desplegar bajo el título de protección del usuario o consumidor. Por ejemplo, en el marco de la pandemia del

y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas [...]”.

- 3 A modo de ejemplo, el rango constitucional del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por Ley 23313, de 1986, cuyo artículo 10, inciso 2, establece que “Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto”.
- 4 Cfr. Los saladeristas Podestá, Bertram, Anderson, Ferrer y otros c/ Provincia de Buenos Aires s/ indemnización de daños y perjuicios, Fallos: 31: 273, del 14/5/1887.
- 5 Corresponde al Congreso: [...] “Proveer lo conducente a la prosperidad del país [...] promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo”.
- 6 Su texto establece: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. // Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. // La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.
- 7 Ley 24240 (B.O. 15/10/1993); su última modificación data de 2014.

COVID-19 se creó por resolución⁸, con todos sus efectos, la figura del “consumidor hipervulnerable”⁹, y por decreto¹⁰ se beneficia a diversos usuarios residenciales de servicios públicos –los que perciben seguro de desempleo, o los electrodependientes– con eximición de corte de servicio por mora o falta de pago.

Desde la década de 1990 se halla consagrada en la Ley 24076 o Ley del Gas la protección del usuario del servicio público de transporte y distribución de gas, y esa protección convive, en el segmento de distribución de gas como servicio domiciliario, con la que brinda la Ley de Defensa del Consumidor 24240, ya citada¹¹. La Ley del Gas establece, como objetivo del Ente Nacional Regulador del Gas, la protección de los consumidores.

Esta confluencia de protecciones suele generar interrogantes¹², y en materia de acceso al gas la primera pregunta será la relativa a si existe un “derecho” a ser conectado a la red de distribución ofertada. Que haya un distribuidor disponible en el área parecería hacernos creer –desde la plataforma de la Ley de Protección del Consumidor– que hay una “oferta” permanente del servicio, y que tenemos un “derecho” a conectarnos a la red y recibir el suministro. Pero esa conexión, o el derecho a ella, no se desprende tan directamente de esa disponibilidad u oferta del sistema de distribución,

8 Ministerio de Desarrollo Productivo. Secretaría de Comercio Interior, Resolución 139/2020 (B.O. 28 de mayo de 2020).

9 Ministerio de Desarrollo Productivo. Secretaría de Comercio Interior, Resolución 139 (B.O. 28 de mayo de 2020), artículo 1.º: “Establécese que a los fines de lo previsto en el artículo 1.º de la Ley 24240 se consideran consumidores hipervulnerables, a aquellos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores. Asimismo, podrán ser considerados consumidores hipervulnerables las personas jurídicas sin fines de lucro que orienten sus objetos sociales a los colectivos comprendidos en el presente artículo”.

10 Decreto 311 (B.O. 25 del 3 de marzo de 2020) de abstención de corte de servicios en caso de mora o falta de pago.

11 Ambas leyes, confluendo sobre un caso, pueden originar interpretaciones diversas en razón de los diversos presupuestos. Puede ampliarse en ESTELA B. SACRISTÁN. “El principio ‘in dubio pro consumidor’ y los servicios públicos”, en AA.VV. *Servicios públicos. Regulación. Primer Congreso Nacional*, Mendoza, Diké, Foro de Cuyo, 2004, pp. 449-463. Acerca de la Ley 24024, en tanto ley general posterior que no deroga la ley anterior especial 24076, ver Flores, Lorena Romina c/ Giménez, Marcelino Osvaldo y otro s/ daños y perjuicios, Fallos: 340: 765, del 6 de junio de 2017.

12 Ley 24076 (B.O. 12 de junio de 1992) o Ley del Gas, artículo 13.

pues la respuesta (afirmativa o negativa) que se le brinde al usuario potencial pondrá en juego el servicio que ya reciben los usuarios actuales. Lo mismo podría predicarse respecto de un contrato en firme de un gran usuario. Es menester recordar aquí que el Reglamento de Servicio de Distribución¹³ consagra la regla de apreciación “económica” que anida detrás del *open access* u acceso abierto.

En el contexto reseñado, en estas líneas se estudiarán algunos casos originados en el segmento de distribución de gas, en lo principal por no haber sido satisfechos los pedidos de conexión o estar en juego la contratación de grandes volúmenes del fluido, y los principios que se pueden extraer de la resolución de los mismos, no sin dejar de observar, en forma previa, cómo inciden los conceptos de usuario actual y potencial en redes como la aquí considerada. Se aclara, a efectos de este trabajo, que se empleará el término “usuario” como equivalente a “consumidor”, salvo que se efectúe una precisión en contrario.

I. USUARIOS ACTUALES Y USUARIOS POTENCIALES

Cuando se aprecia una red como la de distribución de gas y el sistema al que accede, y se piensa en el plano temporal, pueden elaborarse razonamientos respecto del pasado (lo cierto), del presente (puro devenir) y del futuro (lo potencial).

A. ACLARACIÓN PRELIMINAR

Como aclaración preliminar es preciso tener en cuenta que la Ley de Protección del Consumidor contempla al consumidor potencial indeterminado¹⁴,

13 Reglamento del Servicio de Distribución, Anexo I de la Resolución ENARGAS n.º I-4313/1, numeral 16: “La Distribuidora estará obligada a permitir interconexiones con sus instalaciones y acceso a sus servicios de ventas, transporte y almacenaje sobre una base no discriminatoria; no obstante lo anterior la Distribuidora tendrá derecho a rehusar interconexiones o acceso a los servicios que a su juicio (a) no cumplan con las disposiciones del Reglamento, o (b) sean antieconómicas al evaluarlas conforme a los estándares comerciales normales”, disponible en [<https://www.enargas.gov.ar/secciones/normativa/marco-regulatorio.php>], consultada el 27 de agosto de 2020.

14 Ley 24240 de Protección del Consumidor (B.O. 15/10/1993). “Artículo 7.º. La oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones [...] Artículo 9.º. Cuando se ofrezcan en forma pública

y la Ley del Gas al usuario actual y potencial (con o sin acceso a la red) de distribución de gas¹⁵. A efectos de la presente investigación, por ser la Ley del Gas ley previa especial, y por razones de especificidad de la materia, se hará alusión al usuario actual o potencial (con o sin acceso a la red) legislado en esta última ley y su reglamentación.

B. MIRADA PROSPECTIVA

Las redes que se emplean, tanto para el transporte de gas como para su distribución, son de marcada relevancia económica, pues su operación y mantenimiento, en condiciones de eficacia¹⁶, eficiencia¹⁷ y seguridad¹⁸, imponen determinados costos. Esas redes son aprovechadas por los usuarios actuales pero, ¿qué sucede cuando un nuevo usuario (potencial) solicita conexión a la red? Si se construyera una red por encima de la demanda actual de forma que estuviera disponible para los nuevos solicitantes de conexión, la decisión respectiva resultaría ineficiente pues habría bienes inutilizados (*stranded*)¹⁹; también podría haber allí un cierto descuido si se efectuara la expansión de la red y faltara el fluido, por mencionar algunas hipótesis; entonces, ¿sería justo cargar a los usuarios actuales con los costos ínsitos en “ofertar” y poner a disposición una red sobredimensionada o desproporcionada, entre otros supuestos?

Al referirse al problema de la justicia intergeneracional —en tanto la concepción de la justicia como imparcialidad estaría incompleta si no se discutiera ese aspecto—, Rawls se pregunta “hasta qué punto la generación presente está obligada a respetar las demandas de sus sucesores”²⁰. Desde la filosofía, esa obligación no sería infinita. Esta reflexión es aplicable al campo regulatorio, en especial a la cuestión de los usuarios actuales y a los potencia-

a consumidores potenciales indeterminados cosas que presenten alguna deficiencia, que sean usadas o reconstituidas debe indicarse las circunstancias en forma precisa y notoria”.

15 Así, menciona al “usuario actual”, al “usuario potencial con red de distribución instalada”, y al “usuario potencial sin red de distribución instalada”.

16 Ley 24076 (B.O. 12/6/1992) o Ley del Gas, artículo 31 (“Asegurar un servicio regular”).

17 *Ibid.*, artículo 25 (“Satisfacer toda demanda razonable”).

18 *Ibid.*, artículo 21 (“Que no constituyan peligro para la seguridad pública”).

19 En Argentina, ya vimos que la Constitución quiere la calidad y eficiencia de los servicios públicos; ver artículo 42, *in fine*, Constitución Nacional, transcripto en n.º 7.

20 JOHN RAWLS. *Teoría de la Justicia*, MARÍA D. GONZÁLEZ (trad. de la 1.ª ed. en inglés de 1971), México, Madrid, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 323.

les en el segmento distribución de gas, pues estos últimos podrían, llegado el caso, significar una demanda sobre los primeros y, como nos recuerda Cassagne, “el concepto de usuario no puede limitarse al usuario actual sino que el concepto protectorio debe comprender al usuario potencial o futuro en base a criterios de equidad intergeneracional”²¹.

Es por ello que marcos regulatorios como el aquí considerado los ponderan a ambos, además con sus efectos. En general esta visión de alteridad, atenta al presente y al futuro del sistema de distribución, difiere de la adoptada por la jurisprudencia: en CEPIS se atendió solo a la situación de los usuarios actuales²².

C. EFECTOS DE LA INCORPORACIÓN DE NUEVOS USUARIOS

En el segmento de distribución de gas el servicio público respectivo comprende innumerables aspectos técnicos, entre los que se destacan las condiciones bajo las cuales se concreta el principio de obligatoriedad en la prestación de ese servicio²³, así como el deber de la licenciataria de tomar los recaudos necesarios para asegurar el suministro de los servicios no interrumpibles²⁴. Todo el sistema –de servicio público de distribución y transporte, y de libre actividad de producción– parece tener como norte prioritario permitir que los servicios no interrumpibles, en especial residenciales, sean cumplidos satisfactoriamente, incluyendo el cumplimiento de todos los parámetros técnicos involucrados, en especial los de seguridad.

21 JUAN CARLOS CASSAGNE. “Los nuevos derechos y garantías”, *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 3, n.º 1, sección 4, Curitiba, 2019, disponible en [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392016000100059#fn53], consultada el 5 de septiembre de 2020.

22 Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo, Fallos: 339: 1077, del 18/8/2016, esp. cons. 30 (enfocado solo en asegurar la prestación); cons. 33 (centrado en la realidad económico-social concreta de los usuarios actuales afectados).

23 Cfr. Establecimientos Metalúrgicos Becció S.A. e Hijos S.A. c/Ente Nacional Regulador del Gas resol. MJ ENARGAS 12/93, del 5/11/1996, Fallos: 319: 2602, la obligatoriedad de suministro –y el correlativo derecho de acceso a las redes– tiene como fundamento en la imposibilidad del usuario de elegir al prestador.

24 Ley 24076 (B.O. 12/6/1992) o Ley del Gas, artículo 24.

Si el responsable de una red de distribución de gas tiene el deber legal de brindar ininterrumpidamente el servicio, a determinada presión, a un universo de usuarios, y agrega nuevas conexiones a esa misma red, la demanda agregada objetivamente afectará la presión respecto de los puntos de suministro existentes, salvo que se lleven a cabo determinadas obras necesarias para neutralizar la incidencia de dicha demanda.

D. COSTOS INVOLUCRADOS

¿Debe hacerse cargo el usuario actual de sufragar los costos involucrados en la incorporación de futuros potenciales usuarios a la red? Parecería injusto que el usuario actual tuviera que subsidiar al nuevo usuario. Consideremos la directiva del marco regulatorio específico que prohíbe los subsidios cruzados²⁵, por lo que no podrían alocarse a los usuarios actuales costos asociados a los usuarios potenciales, de forma que el usuario potencial tendrá que sufragar pagos adicionales a fin de obtener el suministro²⁶.

Este efecto, en el contexto argentino, cobra importancia si se considera el derrotero de las licencias de la Ley del Gas²⁷, marcadas por i) una etapa inicial plenamente respetuosa de los términos de las Reglas Básicas de la Licencia, que permitió, por ejemplo, una marcada expansión de redes²⁸, con el factor K u objetivo de inversiones destinado a inversiones para usuarios potenciales; ii) una etapa signada por la Ley de Emergencia 25561, de enero

25 Ley 24076 (B.O. 12/6/1992) o Ley del Gas, artículo 41 (“En ningún caso los costos atribuibles al servicio prestado a un consumidor o categoría de consumidores podrán ser recuperados mediante tarifas cobradas a otros consumidores”).

26 En igual sentido cfr. NATIONAL ASSOCIATION OF REGULATORY UTILITY COMMISSIONERS. “Report of the NARUC Task Force on Natural Gas Access and Expansion”, November 2017, p. 9, disponible en [<https://pubs.naruc.org/pub.cfm?id=8F38EF6F-D44F-80A0-578C-CF1610C47520>], consultada el 5 de septiembre de 2020.

27 Para el período 1992–2006, se sigue ESTELA B. SACRISTÁN. *Régimen de las tarifas de los servicios públicos*, Buenos Aires, Ábaco, 2007, pp. 357–359 y 389–401; para el período 2002–2015, sigue la ilustrativa reseña que efectúa LEONARDO MASSIMINO. “El acceso abierto a los servicios públicos, con referencia al caso del gas natural: situación actual y perspectivas”, *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería (RADEHM)*, Buenos Aires, Ábaco, n.º 6, 2015, pp. 189–200, esp. pp. 194–198.

28 Cfr. THE WORLD BANK. *Increasing the Efficiency of Gas Distribution. Phase 1: Case Studies and Thematic Data Sheets*, Washington, Energy Sector Management Assistance Program (ESMAP), Report 218/99, 1998, p. 32, disponible en [https://www.esmap.org/sites/default/files/esmap-files/Rpt_increasingefficiencyesm218.pdf], consultada el 30 de Agosto de 2020.

de 2002, que pesificó y congeló las tarifas, desbarató las fórmulas previstas en las licencias e inauguró una renegociación; iii) una tercera etapa posterior a esa renegociación, iv) una cuarta etapa iniciada con la Ley de Solidaridad 27541 de diciembre de 2019^[29] que declaró, entre otras, la emergencia pública en materia tarifaria, delegando en el Poder Ejecutivo diversas competencias tarifarias del campo de la energía.

II. ALGUNOS CONFLICTOS Y PRINCIPIOS INFERIBLES

La experiencia regulatoria y jurisprudencial nos ilustra acerca de casos en que usuarios potenciales solicitaron la provisión del servicio de distribución de gas, desafiando el estatus de los restantes usuarios actuales de la red; casos en que se puso en crisis la renovación de contratos en firme por cuestiones de capacidad de transporte o de abastecimiento del fluido, entre otros supuestos. De la resolución de esos casos surgen principios que conviene desbrozar.

A. PRINCIPIO DE NO AFECTACIÓN DE LOS USUARIOS ACTUALES

A partir de la jurisprudencia administrativo-regulatoria del Ente Nacional Regulador del Gas³⁰ se infiere la elaboración de un principio conforme al cual no puede brindarse suministro cuando se afecte a los demás usuarios. A primera vista, se privilegia al usuario actual frente al usuario potencial. Veamos por qué.

En un caso decidido en 2014, en el que se solicitó la provisión del servicio de distribución de gas para un emprendimiento inmobiliario por fideicomiso, es decir, la conexión, la licenciataria (distribuidora) respondió que no había inconvenientes para ello, pero especificó que previamente debían ejecutarse las obras que fuera menester, que en ese caso eran de refuerzo: la

29 Ley 27541 (B.O. 23/12/2019), de solidaridad social y reactivación productiva.

30 Se sigue ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS. Resolución materialmente jurisdiccional 621 del 18 de marzo de 2014, dictada en el expediente 19530 del registro de dicho ente regulador, Ana Carina Alarcón s/presentación para el Barrio Las Huertillas de la Ciudad de Córdoba, Provincia de Córdoba, publicada en *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería*, Buenos Aires, Ábaco, n.º 6, pp. 185-188, disponible en [<https://wss.enargas.gov.ar:9092/service.asmx/ObtenerArchivo?Tipo=1&Numero=621&Ano=2014>], consultada el 26 de agosto de 2020.

remodelación de una planta reductora de presión³¹. El fideicomiso solicitante entendió que se le estaba denegando el servicio y por ello acudió a la autoridad regulatoria. Pero la distribuidora había hecho saber textualmente a la requirente aquel condicionamiento, con lo que no podía atenderse la solicitud sin la previa remodelación de la planta, y así lo entendió el ente regulador. Sin duda la distribuidora tuvo presente su deber de proveer el servicio en forma regular, continua, prudente y eficiente.

En lo que aquí interesa, en el caso se resolvió que se estaba ante un supuesto previsto por el marco regulatorio para no otorgar el servicio hasta que fueren ejecutadas y habilitadas las obras de infraestructura señaladas por la distribuidora pues, en caso contrario, se afectaría a los usuarios actuales. Resulta de gran interés repasar qué factores incidieron en la adopción de tal decisión.

I. CAÍDA DE PRESIÓN

En primer lugar, habría colapso del sistema de distribución en el sector de la ciudad involucrado, en desmedro de los actuales usuarios ante la caída de presión y las consecuentes interrupciones del servicio si, antes de la conexión de los solicitantes, no se realizaban las obras necesarias.

2. SATURACIÓN DEL SISTEMA

En segundo lugar, y de acuerdo con un informe técnico previo, se produciría una saturación del sistema tal que, si no se realizaban y habilitaban las obras necesarias, se deterioraría la prestación del servicio en ese sector de la ciudad; conectar al suministro de gas natural al barrio involucrado sin las obras de infraestructura previstas por la licenciataria, comprometería la prestación del servicio a los usuarios ya existentes (actuales).

31 Recordemos que el gas es transportado por gasoductos desde el lugar donde es producido hasta las *city gates* o puertas de la ciudad; a partir de allí, el gas es distribuido por la distribuidora a través de cañerías de diámetro mucho menor hasta los usuarios finales, incluyendo usuarios residenciales, comerciales e industriales. El transporte exige gran presión porque se deben recorrer largas distancias; la distribución requerirá menor presión, por lo que esta tendrá que ser reducida. Ampliar en PETER SCHWARZ. *Energy Economics*, London y New York, Routledge, 2018, p. 133.

3. AFECTACIÓN DE DEMANDA CONTRATADA

Además, se señaló que si bien la normativa aplicable consagra el principio de libre acceso, u *open access*, no discriminación y uso generalizado de los servicios e instalaciones de gas natural, y aunque la distribuidora está obligada a permitir el acceso indiscriminado de terceros a la capacidad de su sistema, ello ocurrirá siempre que no se comprometa el abastecimiento de aquellos que ya tienen la demanda contratada³².

4. CARÁCTER LIMITABLE DE LA PROVISIÓN DEL SERVICIO

También se hizo hincapié en que la normativa aplicable prevé, como limitaciones a la provisión del servicio, el supuesto de que este pueda afectar el suministro de gas a otros clientes³³.

5. FACULTADES DE LA DISTRIBUIDORA

En la resolución citada se señaló que, según las normas en vigor, la distribuidora se halla habilitada para rehusar o discontinuar el servicio al menos en dos supuestos, uno relativo a las condiciones de seguridad, y otro a la continuidad o calidad. De ese modo: i) si la distribuidora considera que la instalación o parte de la misma es insegura, inadecuada o inapropiada para recibirlo, podrá rehusar o discontinuar el servicio, y ii) si la distribuidora advierte que atender la solicitud interferirá con la continuidad o calidad del servicio al usuario o a los demás usuarios, o si advierte que atender esa solicitud menoscabará esa continuidad o calidad para el usuario o los demás usuarios, también podrá rehusar o discontinuar el servicio³⁴.

32 Ley 24076 (B.O. 12/6/1992) o Ley del Gas, y su reglamentación.

33 Reglamento de Servicio (Anexo "B", Subanexo 11 del Decreto n.º 2255/92) en su punto 10 inciso c, vigente a la época de dictado de esta resolución materialmente jurisdiccional.

34 Reglamento de Servicio (Anexo "B", Subanexo 11 del Decreto n.º 2255/92) en su punto 13 inciso c, vigente al momento de dictarse esta resolución materialmente jurisdiccional.

6. LA CAPACIDAD COMPROMETIDA COMO LÍMITE AL *OPEN ACCESS*

Según la resolución consultada, el principio de libre acceso u *open access* a las instalaciones de la distribuidora está condicionado por la capacidad comprometida para abastecer la demanda contratada y no menguar el servicio a los usuarios existentes.

7. CONSIDERACIÓN DEL SISTEMA TODO

Como ya vimos, la presión juega un rol esencial en la consideración de la demanda existente a la luz de la demanda potencial. Pero la presión tiene que ser visualizada no de forma aislada sino de manera orgánica. En la resolución citada se reparó en que, según las normas técnicas aplicables, la extensión de la red solicitada por el futuro usuario tenía que ser ejecutada de forma orgánica. Este criterio exige: i) obras de infraestructura necesarias para mantener los regímenes de presión en niveles operativos adecuados para suministrar gas a los nuevos usuarios, sin afectar la distribución del fluido a los usuarios ya existentes, y ii) adopción de previsiones para que no queden zonas relegadas que luego constituyan áreas aisladas dentro del sistema³⁵. En el caso en estudio, el horizonte de distribución del riesgo de afectación de los demás usuarios estaba dado por la ciudad de Córdoba (Argentina) y sus alrededores.

8. TEMPORANEIDAD Y CLARIDAD DE LA COMUNICACIÓN DEL CONDICIONAMIENTO

Por último, al resolver, la autoridad regulatoria puntualizó que las comunicaciones de la licenciataria a la solicitante, acerca de la necesidad de la previa realización de las obras de infraestructura, no fueron extemporáneas o engañosas, sino que habían sido las adecuadas a la luz de las circunstancias del caso³⁶.

35 Resolución 2747/2002 (B.O. 15/1/2003) Código Argentino de Gas (NAG) 113, artículo 11.

36 En las expresiones de la distribuidora, al comunicar a la solicitante el condicionamiento, se percibe manifestación de la regla conforme la cual es el derecho de todo ciudadano la veracidad ajena y el comportamiento leal y coherente, se esté entre particulares o ante el propio Estado; cfr. Punte,

B. PRINCIPIO DE REALIDAD TÉCNICA

En la resolución citada también se consideró, como fundamento de la denegatoria, un principio de realidad técnica actual de la red, el cual puede poner en evidencia las limitaciones de la capacidad instalada y su habilidad o inhabilidad para atender toda demanda agregada de servicios, en tanto dicha capacidad no es infinita. La distribuidora debe tener una infraestructura adecuada para servir a sus nuevos clientes³⁷.

El principio de realidad técnica tiene que ser diferenciado del principio de eficiencia o economía, al cual se hará alusión *infra* al tratar lo relativo a la razonabilidad.

Finalmente, la resolución en cuestión quedó firme³⁸. Se ha destacado que el decisorio:

... debe ser celebrado en cuanto resguarda la intangibilidad del derecho de acceso abierto a las instalaciones señalando, a la vez, las obras que deben ser ejecutadas para que ese derecho sea efectivo [...] [L]a regulación del derecho de acceso a los sistemas posee –como dato fáctico– limitaciones tecnológicas ineludibles. En efecto, en los servicios públicos analizados [...] el derecho de acceso del interesado debe ser conjugado con las características de monopolio natural que poseen las infraestructuras con las que se prestan los dichos servicios³⁹.

Expresiones que compartimos.

C. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

El principio de razonabilidad gobierna, normativa y jurisprudencialmente, la temática que nos ocupa.

Roberto Antonio *c/* Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur *s/* cumplimiento de contrato, Fallos: 320: 521, del 17/4/1997.

37 En igual sentido, NATIONAL ASSOCIATION OF REGULATORY UTILITY COMMISSIONERS. *Report of the NARUC Task Force on Natural Gas Access and Expansion*, noviembre de 2017, texto correspondiente a su nota al pie 38, disponible en [<https://pubs.naruc.org/pub.cfm?id=8F38EF6F-D44F-80A0-578C-CF1610C47520>], consultada el 5 de septiembre de 2020.

38 A partir de la consulta en [www.pjn.gov.ar], botón “causas”.

39 LEONARDO MASSIMINO. “El acceso abierto a los servicios públicos...”, cit., pp. 189–200, esp. p. 198.

I. EN LAS NORMAS

La razonabilidad, como criterio o recaudo de actuación de la distribuidora en punto al suministro del servicio regular e ininterrumpido, se halla contemplado en el Reglamento del Servicio de Distribución⁴⁰ de 2019, en estos términos:

La Distribuidora hará todo lo razonablemente posible para brindar un suministro del servicio regular e ininterrumpido de acuerdo con las Condiciones Especiales del servicio de que se trate [...] ⁴¹.

A su vez, el ejercicio del “derecho” de rehusar el servicio o de rechazar solicitudes de servicio –ya aludido en el acápite precedente– se halla vinculado a diversas razones, dos de las cuales están descritas en la norma, resultando la tercera una categoría abierta en tanto haya justificación y suficiencia. Así, la distribuidora:

... se reserva el derecho de [...] rehusar el servicio a nuevos clientes o clientes ya existentes para carga adicional si la Distribuidora no puede obtener suministro suficiente para dicho servicio; rechazar solicitudes de servicio o servicio adicional cuando tal servicio no se encuentre disponible o cuando dicho servicio pueda afectar el suministro de gas a otros clientes o por otras razones que resulten justificadas y suficientes⁴².

Además, en el reglamento citado hay una descripción del supuesto en el cual la distribuidora ya no “puede”, sino “debe” rehusar o discontinuar el servicio, hallándose las razones implicadas en esa descripción:

40 Similar ejercicio de competencia, por parte del ente o comisión reguladora, se advierte en Estados Unidos; cfr. NATIONAL ASSOCIATION OF REGULATORY UTILITY COMMISSIONERS. *Report of the NARUC Task Force on Natural Gas Access and Expansion*, noviembre de 2017, texto correspondiente a su nota al pie 13, disponible en [https://pubs.naruc.org/pub.cfm?id=8F38EF6F-D44F-80A0-578C-CF1610C47520], consultada el 5 de septiembre de 2020.

41 ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS. Reglamento del Servicio de Distribución, Anexo I de la Resolución ENARGAS n.º I-4313/1, numeral 10(a), disponible en [https://www.enargas.gov.ar/secciones/normativa/marco-regulatorio.php], consultada el 27 de agosto de 2020.

42 ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS. Reglamento del Servicio de Distribución, Anexo I de la Resolución ENARGAS n.º I-4313/1, numeral 10(c), disponible en [https://www.enargas.gov.ar/secciones/normativa/marco-regulatorio.php], consultada el 27 de agosto de 2020.

La Distribuidora deberá además rehusar su servicio, o discontinuar el mismo toda vez que considere que tal instalación o parte de la misma [...] interfiere con, o menoscaba, la continuidad o calidad del servicio al cliente o a otros clientes⁴³.

Se trata, entiendo, de supuestos de aplicación de un concepto económico de razonabilidad que la distribuidora tiene que aplicar a fin de adoptar la decisión en cada uno de los supuestos transcritos. Tal interpretación armoniza con el principio de eficiencia –en el sentido de obtención de un resultado al menor costo–, de raigambre constitucional en el supuesto de los servicios públicos, tales como la distribución de gas⁴⁴, reflejado, a su vez, en la máxima de razonabilidad que gobierna las tarifas respectivas⁴⁵.

Diversos factores impactan en esa razonabilidad de tinte económico, entre ellos, el consumo proyectado por el usuario potencial (que podría afectar el suministro a los usuarios actuales), y el potencial o la capacidad con que se cuente frente a los clientes adicionales (lo cual puede depender de que se obtenga o no suministro suficiente)⁴⁶.

2. EN LA JURISPRUDENCIA

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal aplicó el principio de razonabilidad en un caso relativo a la denegación de un suministro, pero no desde el microcosmos creado por el reglamento citado, sino interpretando la Constitución misma. En el caso se invocaban, entre otros argumentos, la saturación del Gasoducto Cordillerano y la afectación de la demanda contratada si no se denegaba el suministro. En el fallo se entendió que si bien los administrados tienen derecho a la prestación de los

43 ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS. Reglamento del Servicio de Distribución, Anexo I de la Resolución ENARGAS n.º I-4313/1, numeral 13(c), disponible en [<https://www.enargas.gov.ar/secciones/normativa/marco-regulatorio.php>], consultada el 27 de agosto de 2020.

44 Cfr. Constitución Nacional, artículo 42, *in fine*, transcrito en la nota 7, *supra*.

45 Cfr. Ley 24076 o Ley del Gas (B.O. 12 de junio de 1992). “Artículo 38. Los servicios prestados por los transportistas distribuidores serán ofrecidos a tarifas que se ajustarán a los siguientes principios: a) Proveer a los transportistas y distribuidores que operen en forma económica y prudente, la oportunidad de obtener ingresos suficientes para satisfacer todos los costos operativos razonables aplicables al servicio, impuestos, amortizaciones y una rentabilidad razonable [...]”.

46 Ampliar en NATIONAL ASSOCIATION OF REGULATORY UTILITY COMMISSIONERS. *Report of the NARUC Task Force on Natural Gas Access and Expansion*, cit., su nota al pie 15, disponible en [<https://pubs.naruc.org/pub.cfm?id=8F38EF6F-D44F-80A0-578C-CF1610C47520>], consultada el 5 de septiembre de 2020.

servicios públicos, tal como se desprende del artículo 42 de la Constitución Nacional, tal derecho es pasible de razonable limitación⁴⁷.

Recordemos que el juicio de razonabilidad involucra apreciar i) la adecuación o idoneidad (juicio de eficacia); ii) la necesidad o indispensabilidad (juicio de elección de la medida necesaria), y iii) la razonabilidad en sentido estricto o balance de costos y beneficios⁴⁸. Este último juicio conduce al renglón de la eficiencia –en el sentido de obtención de un resultado en la forma más económica posible o al menor costo– ya aludido, de raigambre constitucional en el universo de los servicios públicos⁴⁹.

D. PRINCIPIO DE CELERIDAD

El artículo 28 de la Ley del Gas establece: “Los transportistas y distribuidores están obligados a responder toda solicitud de servicio dentro de los treinta días contados a partir de su recepción”.

Los usuarios que no cuenten con red de gas frente a su domicilio tendrán que presentar a la distribuidora un pedido de factibilidad de suministro y proyecto de extensión de red de distribución por terceros⁵⁰.

A partir de la redacción del artículo transcrito, es claro que la “respuesta” tendrá que producirse en treinta días. Pero no se detallan plazos para

47 CNACAF, Sala I, causa 52915 de 2003, Lerner, Diego y otros c. EN – M° Economía y otros s/ amparo ley 16.986, del 3 de marzo de 2005, voto del Dr. Coviello, cons. 7.º: “No dejo de advertir en este punto que los administrados tienen derecho a la prestación de los servicios públicos, tal como se desprende del artículo 42 de la Constitución Nacional. Pero tal derecho encuentra su límite en el juicio de razonabilidad. En la especie [...] la acción de amparo deducida no permite tener por acreditado el derecho que se invoca. [...] La obligación de prestar el servicio no es absoluta, sino que su quicio en la razonabilidad de la demanda”. Agradezco a María Sol Peñas el texto de esta sentencia, citada por LEONARDO MASSIMINO. “El acceso abierto a los servicios públicos...”, cit., pp. 189-200, esp. p. 196.

48 Cfr., con provecho, JUAN CIANCIARDO. “El subprincipio de necesidad y el control constitucional de razonabilidad”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universitas, t. 185, 2003, pp. 898-913, disponible en [http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacfo30013-cianciardo-subprincipio_necesidad_control_constitucional.htm], consultada el 30 de agosto de 2020.

49 Cfr. nota al pie 41.

50 Pueden verse las claras explicaciones que para el público en general se brindan en LITORAL GAS. “Conexión del servicio domiciliario”, (s/f), disponible en [<http://www.litoral-gas.com.ar/site/clientes/hogares/información-sobre-trámites/conexión-servicio-domiciliario/conexión-sin-red/>], consultada el 5 de septiembre de 2020. Un ejemplo de carta modelo y planilla de consumo puede verse en la webpage de Metrogas [<https://www.metrogas.com.ar/Grandes-Clientes/paginas/Pedido-de-factibilidad-proyecto-de-red.aspx>], consultada el 5 de septiembre de 2020.

las tramitaciones posteriores cuya finalidad última es la obtención y uso del suministro de gas. Esas tramitaciones posteriores incluyen, en el caso de los grandes usuarios, la usualmente denominada “factibilidad”, la presentación de formularios, las inspecciones, la ejecución de obras o servicios, la conexión y la colocación de medidor domiciliario⁵¹.

Luego del quiebre de la normalidad regulatoria⁵² se han operado efectos sobre el deber, de transportistas y distribuidores, de responder toda solicitud de servicio dentro de los treinta días contados a partir de su recepción⁵³, pues se han producido demoras, inimputables a la licenciataria (en tanto el imperio de la legislación de emergencia le es ajeno), en la atención de los pedidos de “factibilidad”.

Actualmente todos esos trámites se hallan regladas en punto a los plazos máximos⁵⁴, lo cual contribuye a la celeridad, para beneficio de los requirentes, y ello, a su vez, se reproduce en detalle en las páginas *web* de las licenciatarias, para difusión entre el público en general.

E. PRINCIPIO DE CAPACIDAD DISPONIBLE

Para el segmento distribución de gas, el Reglamento de Servicio de Distribución citado prescribe:

La Distribuidora estará obligada a aceptar toda solicitud de conexión a la Red de Distribución existente, siempre que la misma se realizare bajo los términos de

51 Litoral Gas explica que el proceso involucra: i) que el usuario presente la nota de solicitud de factibilidad, según ubicación, consumo, presión solicitada, categoría; ii) que la distribuidora estudie la solicitud de factibilidad y prepare un anteproyecto, que el solicitante recibirá; iii) que el solicitante contrate a una empresa habilitada para ejecutar las obras; iv) que esta empresa habilitada confeccione el proyecto y lo remita a la distribuidora. A su vez, para que se produzca una nueva conexión al Sistema de Distribución se requiere: i) que la distribuidora revise y apruebe el proyecto constructivo; ii) que una empresa contratista habilitada construya la obra; iii) que la distribuidora inspeccione la obra, la cual, una vez concluida, será pasible de habilitación del suministro al usuario; iv) se operará la transferencia de las instalaciones a la distribuidora, la cual se hará cargo de su operación y mantenimiento; cfr. LITORAL GAS. “Distribución de gas natural en Rosario y provincia de Santa Fe”, 2013, esp. pp. 20-21, disponible en [<https://images.app.goo.gl/6X21tzPy2ko4E5qb8>], consultada el 9 de septiembre de 2020.

52 Ver sección II.c, in *fine*, del presente artículo.

53 Ley 24076 (B.O. 12/6/1992) o Ley del Gas, artículo 28.

54 Ver los plazos máximos sancionados por el ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS. Resolución 1932 de 2011, disponible en [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/185000-189999/188737/norma.htm>], consultada el 1.º de septiembre de 2020.

este Reglamento y las Tarifas y que el Sistema de Distribución tenga la capacidad disponible necesaria para cubrir este servicio⁵⁵.

Se advierte, entonces, que los tres elementos previstos en la norma transcrita (reglamento de servicio de distribución, tarifas y capacidad disponible en el sistema de distribución) conforman una integralidad, con necesaria interdependencia entre ellos.

Para tener una visión concreta de la idea de “capacidad disponible”, recordemos que, según la Ley del Gas⁵⁶, la tarifa del gas resulta de la sumatoria de: i) el precio del gas en el Punto de Ingreso al Sistema de Transporte (PIST); b) la tarifa de transporte, y c) la tarifa de distribución. La factura que debe pagar el usuario está compuesta, por ende y en lo principal, por el “precio del gas”, el valor agregado de distribución o “tarifa” que repaga el servicio de distribución, y el valor agregado de transporte o “tarifa” que repaga el servicio de transporte; y a ello se suman los tributos y otros cargos. Estos últimos podrán repagar servicios específicos (p. ej., la conexión misma, o un costo incremental de un servicio, como p. ej., una “ampliación” de la capacidad de la distribuidora) o consistir en cargos fiduciarios de naturaleza tarifaria (p. ej., para repagar ampliaciones de capacidad, etc.) según se traslade el costo a la tarifa, o medie publicación del rubro⁵⁷. A modo de ejemplo: se puede expandir la capacidad existente de la transportista de gas por incremento en la compresión en los gasoductos troncales o por otras obras efectuadas⁵⁸, y ello deparará sus costos.

55 ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS, Reglamento del Servicio de Distribución, Anexo I de la Resolución ENARGAS n.º I-4313/1, numeral 7(a), disponible en [<https://www.enargas.gov.ar/secciones/normativa/marco-regulatorio.php>], consultada el 27 de agosto de 2020.

56 Ley 24076 (B.O. 12/6/1992) o Ley del Gas, artículo 37.

57 Cfr. ESTELA B. SACRISTÁN. “Publicación de las tarifas de los servicios públicos”, en AA.VV. *Cuestiones de intervención estatal. Servicios públicos, poder de policía y fomento*, Buenos Aires, Rap, jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, 2011, pp. 751-761.

58 Cfr. para contratos de transporte en firme, MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS. Resolución 874 de 1992, Pliego de Bases y Condiciones, Anexo F (Descripción de las tarifas, reglamentaciones tarifarias y condiciones generales del servicio) numeral 5.1.1.1.b, 1992, disponible en [<http://mepriv.mecon.gov.ar/gas/Pliego/ax-F.pdf>], consultada el 30 de julio de 2020.

I. DISTINCIÓN ENTRE CAPACIDAD DISPONIBLE Y CAPACIDAD INCREMENTAL

La literatura regulatoria distingue entre “capacidad disponible” y “capacidad incremental”. Capacidad incremental significa un posible futuro aumento en la capacidad técnica por medio de procedimientos basados en el mercado, o una posible nueva capacidad creada donde hoy no existe, que podrá ser ofrecida con base en inversiones en infraestructura física u optimización de capacidad de largo plazo, y posteriormente alocada o asignada sujeta al resultado positivo de un *test* económico en los siguientes casos: a) en puntos de interconexión existentes; b) por medio del establecimiento de un nuevo punto o puntos de interconexión, y c) como capacidad física de flujo reverso en un punto o puntos de interconexión, que no ha sido ofertada antes⁵⁹. Y la capacidad existente es la que está disponible. De allí que cada una deba tener una regulación diferente⁶⁰.

Veamos cuáles son las soluciones que surgen de la práctica regulatoria en materia de “capacidad disponible”, considerando un caso que resolvió el EnaRGas en 2005^[61], el cual se vincula con otra decisión materialmente jurisdiccional de 2003^[62].

2. EXPERIENCIA REGULATORIA

El caso resuelto por el Ente Nacional Regulador del Gas en 2005 se generó por los siguientes hechos: hubo un incremento sostenido de la demanda residencial, servicio general P y GNC. Por ello, y bajo lo dispuesto por dicho ente en una resolución materialmente jurisdiccional de 2003, la distribuidora se presentó ante la autoridad regulatoria en junio 2004 y declaró experimentar

59 Cfr. *Commission Regulation (EU) 2017/459*, artículo 3.º, numeral 1, disponible en [<https://www.legislation.gov.uk/eur/2017/459/article/3/adopted>], consultada el 30 de julio de 2020.

60 Cfr. EUROGAS. “Eurogas discussion paper for the gas package 2020”, 2018, p. 12, disponible en [<https://eurogas.org/website/wp-content/uploads/2018/10/18PP309-Eurogas-discussion-paper-for-2020-gas-package-October-2018.pdf>], consultada el 30 de julio de 2020.

61 ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS. Resolución 3148 del 2 de marzo de 2005, B.O. 17 de marzo de 2005, disponible en [<https://wss.enargas.gov.ar:9092/service.aspx/ObtenerArchivo?Tipo=o&Numero=3148&Año=2005>], consultada el 5 de septiembre de 2020.

62 ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS. Resolución materialmente jurisdiccional 502 del 2 de septiembre de 2003, disponible en [<https://wss.enargas.gov.ar:9092/service.aspx/ObtenerArchivo?Tipo=1&Numero=502&Año=2003>], consultada el 5 de septiembre de 2020.

una limitación de su “capacidad de transporte disponible”. Ese aumento de la demanda le significó, como distribuidora, adoptar restricciones i) respecto del otorgamiento de nuevas factibilidades para el suministro de gas, y ii) respecto de la renovación de contratos firmes. Ello, a fin de no afectar el normal suministro de los clientes existentes y para evitar dar trato preferente a un gran usuario (la empresa láctea Milkaut).

La licenciataria solicitó que se suspendiera su Contrato Gran Usuario Venta FD (suministro de 15.000 metros cúbicos por día) con la citada empresa láctea, contrato antes avalado por el ente regulador en la resolución materialmente jurisdiccional de 2003^[63], que regía junto con otro contrato en firme con dicha empresa por 20.000 metros cúbicos por día, y que se hallaba condicionado a que no se pusiera en riesgo el abastecimiento a los usuarios ininterrumpibles. En marzo 2005 el ente regulador resolvió que la licenciataria debía poner a disposición de Milkaut, un servicio Gran Usuario Venta FD por un volumen final de 35.000 metros cúbicos por día en firme, en condiciones equivalentes a las aplicadas a otros usuarios de la misma categoría con iguales volúmenes.

a. CARGA DE LA PRUEBA

De la lectura de la resolución materialmente jurisdiccional de 2003 surge en el plano procesal que: i) pesa sobre la distribuidora la prueba de la existencia de limitaciones a la “capacidad de transporte”; ii) no alcanza, a tal fin, avisar al usuario en términos generales, y iii) tampoco alcanza con que la distribuidora acredite los rechazos efectuados a otros demandantes con iguales características, pues la autoridad regulatoria analizará “la situación agregada en su totalidad”⁶⁴. En el plano sustancial, en esa decisión jurisdiccional la autoridad regulatoria señaló la conveniencia de que —dada la situación de limitaciones a la capacidad de transporte en algunas áreas del país, y el no ingreso de nuevos clientes al servicio—, los sujetos involucrados acuerden

63 Cit. en nota al pie 59.

64 ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS (2003) Resolución materialmente jurisdiccional 502/2003, del 2/9/2003, pp. 15-16, disponible en [<https://wss.enargas.gov.ar:9092/service.aspx/ObtenerArchivo?Tipo=1&Numero=502&Ano=2003>], consultada el 5/9/2020.

un mecanismo de asignación de la “capacidad existente” a través de formas transparentes y ecuanímes⁶⁵.

b. ¿CAPACIDAD EXISTENTE
COMO CAPACIDAD PREVISTA?

De la lectura de la resolución de marzo de 2005 se podría deducir que, en el marco de la Ley del Gas⁶⁶, el concepto de “capacidad existente” –que, en el caso, coexistía con las dificultades para el normal abastecimiento de gas– habría modificado su significado. Ya no será la capacidad existente o disponible hoy, sino aquella capacidad emergente de lo que se haya planeado o previsto para ese año, es decir, en el futuro, pues la resolución aludió a “nuevas modalidades de financiación de obras para la expansión, estando previstas ampliaciones de los sistemas de transporte” de TGN y TGS para el año 2005^[67].

Por ende, en el caso, la “capacidad existente”, actual, disponible, requerida en la norma aplicable⁶⁸, fue llamativamente concebida como “capacidad prevista”, *v.gr.*, capacidad incremental, en tanto de futura materialización a lo largo del año. Esta redefinición aparece francamente reñida con lo normado en el Decreto 1738 de 1992, reglamentario de la Ley del Gas, artículos 2.º y 26, que instituyen y regulan la figura de la “capacidad disponible”.

CONCLUSIONES

La Constitución Nacional argentina consagra la protección del usuario o consumidor, decisión en punto a la cual se adoptó un cambio de paradigma

65 ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS (2003) Resolución materialmente jurisdiccional 502/2003, del 2/9/2003, p. 18, disponible en [<https://wss.enargas.gov.ar:9092/service.asmx/ObtenerArchivo?Tipo=1&Numero=502&Año=2003>], consultada el 5/9/2020.

66 Ley 24076 (B.O. 12/6/1992) o Ley del Gas, artículo 25 (deber de satisfacer toda “demanda razonable”), artículo 24 (asegurar “suministro no interrumpible”) y artículo 26 (“acceso abierto”).

67 ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS. Resolución 3148 del 2 de marzo de 2005, B.O. 17 de marzo de 2005, pp. 7-8, con cita del Decreto 180 de 2004 de Fondo Fiduciario para la atención de inversiones en Transporte y Distribución de Gas, disponible en [<https://wss.enargas.gov.ar:9092/service.asmx/ObtenerArchivo?Tipo=0&Numero=3148&Año=2005>], consultada el 5 de septiembre de 2020.

68 Decreto 1738 de 1992 (B.O. 28 de septiembre de 1992), reglamentario de la Ley del Gas, artículos 2.º y 26.

respecto del Estado: ante las opciones entre el principio de soberanía del consumidor y el rol paternal, se optó discrecionalmente por este último. Ello, entendemos, en un contexto en el que, como afirmara la doctrina, el Estado debe cumplir con

... otras finalidades básicas establecidas en los diferentes marcos regulatorios. Esas finalidades se centran en los aspectos siguientes: i) asegurar la estabilidad de los suministros; ii) alcanzar grados óptimos de eficiencia y calidad en los servicios, y iii) proteger las libertades y demás derechos de los usuarios⁶⁹.

En lo que respecta a los servicios públicos de transporte y distribución de gas, la obligatoriedad –elemento esencial de esa calificación– puede inducirnos a creer que hay un verdadero “derecho” a la conexión a la red ofertada, a incorporarse como nuevo usuario, a contratar ciertos volúmenes en firme, entre otros supuestos, y a solicitar la satisfacción de ese “derecho” en sede regulatoria o judicial. Mas, visualizar todo el sistema, desde el segmento de producción hasta el punto de suministro domiciliario, atendiendo a su presente y a su futuro, puede contribuir a que haya justicia –en términos de Rawls– entre los usuarios potenciales y los actuales.

Los principios aquí reseñados aportan luz respecto de cómo se encararon los conflictos en ese escenario, teniéndose como presupuesto orientador la noción de usuario actual y potencial, y considerando la red y el sistema involucrados, la realidad técnica, la razonabilidad (con su faz económica), la celeridad, y una cuidadosa aplicación del concepto de capacidad existente disponible.

BIBLIOGRAFÍA

BADENI, GREGORIO. “La reforma Constitucional de 1994”, *Pensar en Derecho*, n.º 5, Buenos Aires, Eudeba, 2014, pp. 9-16.

CASSAGNE, JUAN CARLOS. “Los nuevos derechos y garantías”, *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 3, n.º 1, sección 4, Curitiba, 2019, disponible en [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392016000100059#fn53].

69 JUAN CARLOS CASSAGNE. “La permanencia y utilidad del servicio público como institución jurídica”, *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica*, n.º 6, 2013, cita: IJ-LXX-188, disponible en [<https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=67188&print=1>], consultada el 5 de septiembre de 2020.

CASSAGNE, JUAN CARLOS. “La permanencia y utilidad del servicio público como institución jurídica”, *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica*, n.º 6, 2013, disponible en [<https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=67188&print=1>].

CIANCIARDO, JUAN. “El subprincipio de necesidad y el control constitucional de razonabilidad”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universitas, t. 185, 2003, pp. 898-913, disponible en [http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacfo30013-cianciardo-subprincipio_necesidad_control_constitucional.htm].

COMMISSION REGULATION (EU) 2017/459, artículo 3.º, numeral 1, disponible en [<https://www.legislation.gov.uk/eur/2017/459/article/3/adopted>].

ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS. Resolución materialmente jurisdiccional 621 del 18 de marzo de 2014, dictada en el expediente 19530 del registro de dicho ente regulador, Ana Carina Alarcón s/presentación para el Barrio Las Huertillas de la Ciudad de Córdoba, Provincia de Córdoba *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería*, Buenos Aires, Ábaco, n.º 6, pp. 185-188, disponible en [<https://wss.enargas.gov.ar:9092/service.aspx/ObtenerArchivo?Tipo=1&Numero=621&Año=2014>].

ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS. Reglamento del Servicio de Distribución, Anexo 1 de la Resolución ENARGAS n.º I-4313/1, numeral 10(a), disponible en [<https://www.enargas.gov.ar/secciones/normativa/marco-regulatorio.php>].

ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS. Reglamento del Servicio de Distribución, Anexo 1 de la Resolución ENARGAS n.º I-4313/1, numeral 10(c), disponible en [<https://www.enargas.gov.ar/secciones/normativa/marco-regulatorio.php>].

ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS. Reglamento del Servicio de Distribución, Anexo 1 de la Resolución ENARGAS n.º I-4313/1, numeral 13(c), disponible en [<https://www.enargas.gov.ar/secciones/normativa/marco-regulatorio.php>].

ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS. Resolución 1932 de 2011, disponible en [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/185000-189999/188737/norma.htm>].

ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS, Reglamento del Servicio de Distribución, Anexo 1 de la Resolución ENARGAS n.º I-4313/1, numeral 7(a), disponible en [<https://www.enargas.gov.ar/secciones/normativa/marco-regulatorio.php>].

- ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS. Resolución 3148 del 2 de marzo de 2005, B.O. 17 de marzo de 2005, disponible en [<https://wss.enargas.gov.ar:9092/service.aspx/ObtenerArchivo?Tipo=0&Numero=3148&Año=2005>].
- ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS. Resolución materialmente jurisdiccional 502 del 2 de septiembre de 2003, disponible en [<https://wss.enargas.gov.ar:9092/service.aspx/ObtenerArchivo?Tipo=1&Numero=502&Año=2003>].
- ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS (2003) Resolución materialmente jurisdiccional 502/2003, del 2 de septiembre de 2003, pp. 15-16, disponible en [<https://wss.enargas.gov.ar:9092/service.aspx/ObtenerArchivo?Tipo=1&Numero=502&Año=2003>].
- ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS. Resolución 3148 del 2 de marzo de 2005, B.O. 17 de marzo de 2005, pp. 7-8, con cita del Decreto 180 de 2004 de Fondo Fiduciario para la atención de inversiones en Transporte y Distribución de Gas, disponible en [<https://wss.enargas.gov.ar:9092/service.aspx/ObtenerArchivo?Tipo=0&Numero=3148&Año=2005>].
- ESTELA B. SACRISTÁN. “Publicación de las tarifas de los servicios públicos”, en AA.VV. *Cuestiones de intervención estatal. Servicios públicos, poder de policía y fomento*, Buenos Aires, Rap, Universidad Austral, Facultad de Derecho, 2011.
- EUROGAS. “Eurogas discussion paper for the gas package 2020”, 2018, disponible en [<https://eurogas.org/website/wp-content/uploads/2018/10/18PP309-Eurogas-discussion-paper-for-2020-gas-package-October-2018.pdf>].
- LITORAL GAS. “Conexión del servicio domiciliario”, (s/f), disponible en [<http://www.litoral-gas.com.ar/site/clientes/hogares/información-sobre-trámites/conexión-servicio-domiciliario/conexión-sin-red/>].
- LITORAL GAS. “Distribución de gas natural en Rosario y provincia de Santa Fe”, 2013, esp. pp. 20-21, disponible en [<https://images.app.goo.gl/6X21tzPy2k04E5qb8>].
- MASSIMINO, LEONARDO. “El acceso abierto a los servicios públicos, con referencia al caso del gas natural: situación actual y perspectivas”, *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería (RADEHM)*, Buenos Aires, Ábaco, n.º 6, 2015.
- MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS. Resolución 874 de 1992, Pliego de Bases y Condiciones, Anexo F (Descripción de las tarifas, reglamentaciones tarifarias y condiciones generales del servicio) numeral 5.1.1.1.b, 1992, disponible en [<http://mepriv.mecon.gov.ar/gas/Pliego/ax-F.pdf>].

NATIONAL ASSOCIATION OF REGULATORY UTILITY COMMISSIONERS. "Report of the NARUC Task Force on Natural Gas Access and Expansion", November 2017, disponible en [<https://pubs.naruc.org/pub.cfm?id=8F38EF6F-D44F-80A0-578C-CF1610C47520>].

RAWLS, JOHN. *Teoría de la Justicia*, MARÍA D. GONZÁLEZ (trad. de la 1.^a ed. en inglés de 1971), México, Madrid, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1979.

SACRISTÁN, ESTELA B. "El principio '*in dubio pro consumidor*' y los servicios públicos", en AA.VV. *Servicios públicos. Regulación. Primer Congreso Nacional*, Mendoza, Diké, Foro de Cuyo, 2004.

SACRISTÁN, ESTELA B. *Régimen de las tarifas de los servicios públicos*, Buenos Aires, Ábaco, 2007.

SCHWARZ, PETER. *Energy Economics*, London y New York, Routledge, 2018.

THE WORLD BANK. *Increasing the Efficiency of Gas Distribution. Phase 1: Case Studies and Thematic Data Sheets*, Washington, Energy Sector Management Assistance Program (ESMAP), Report 218/99, 1998, p. 32, disponible en [https://www.esmap.org/sites/default/files/esmap-files/Rpt_increasingefficiencyesm218.pdf].

Ministerio de Desarrollo Productivo. Secretaría de Comercio Interior, Resolución 139/2020 (B.O. 28 de mayo de 2020).

Decreto 311 (B.O. 25 del 3 de marzo de 2020).

Ley 24076 (B.O. 12 de junio de 1992) o Ley del Gas.

Ley 24240 de Protección del Consumidor (B.O. 15/10/1993).

El “Anuario Iberoamericano de Derecho de la Energía” es una obra singular, al tratarse de la única publicación en castellano dedicada al tema de la regulación energética con perspectiva iberoamericana. Este tercer volumen gira alrededor del tema de “El derecho de la energía sostenible”. La elección se considera oportuna en función de la confluencia de la trascendencia del problema del cambio climático global frente a la necesidad de asegurar la suficiencia energética como condición para el desarrollo de los países de la región, circunstancia que ha hecho necesario el acercamiento de dos disciplinas jurídicas hasta ahora aparentemente disociadas, como son la regulación medioambiental y la energética.

