

(Corte Sup., 16/04/1998 - Litoral Gas S.A. v. ENARGAS/resol. 29/94.). Fallos T. 321, P. 776.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 16 de abril de 1998.

Vistos los autos: "Litoral Gas S.A. c/ ENARGAS -resol. 29/94-".

Considerando:

1º) Que por resolución 29 del 21 de octubre de 1994, el Ente Nacional Regulador del Gas autorizó a la Cooperativa de Provisión de Obras y Servicios Públicos, Asistenciales, Vivienda y Crédito Setúbal Ltda. a ejercer provisoriamente -bajo las condiciones que fijó la subdistribución del gas en el sector I de la llamada etapa III-Setúbal. La empresa Litoral Gas S.A. -licenciataria habilitada por el decreto 2455/92 para la distribución del gas en la zona-, dedujo el recurso contemplado en el art. 66, párrafo 2º, de la ley 24076 contra esa resolución del ente, la cual fue confirmada por el pronunciamiento de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (fs. 607/612). Contra esa sentencia, la licenciataria interpuso el recurso extraordinario, que fue concedido.

2º) Que para así resolver, la cámara ponderó que, con posterioridad a las resoluciones SSC 66/91 y SHM 105/92, fue sancionada la ley 24076, que fue reglamentada por el decreto 1738/92, cuyo anexo I, en el título IV, art. 4º, contenía las normas concernientes a la presencia de subdistribuidores en la zona concedida, originados en situaciones preexistentes o en la necesidad de expandir las redes. La cámara estimó que el subdistribuidor no estaba obligado a vender el emprendimiento del que era titular, conforme a los arts. 1º, 4º y 12 del decreto 1738/92. Asimismo, sustentó la legitimidad de la actuación de la Cooperativa Setúbal Ltda. en la resolución 35/93 del ENARGAS y en el art. 3º de la ley 24348, norma que, precisamente, contempla la situación de subdistribuidores que no hubieran aceptado la oferta de compra que les hubiese formulado la licenciataria. El a quo destacó que, si bien Litoral Gas S.A. había adquirido derechos de exclusividad conforme al contrato de transferencia de acciones del 28 de diciembre de 1992, sabía de la existencia de micro emprendimientos, y el decreto 2455 de otorgamiento de la licencia, Anexo I, capítulo II, punto 2.2., había sujetado la exclusividad a la existencia de subdistribuidores, de conformidad con el decreto reglamentario de la ley 24076. La cámara juzgó que no era posible prescindir de dicho decreto y concluyó que la resolución 29 del ENARGAS había sido dictada sin violación del marco legal aplicable. En cuanto al agravio relativo al sistema de valuación establecido por la ley 24348, descartó su tratamiento por ser una cuestión que no había sido objeto de resolución por el ente y ser un tema que, además, no tenía directa relación con el litigio. En suma, rechazó las impugnaciones constitucionales que la licenciataria dirigió contra la ley 24348 y desestimó el recurso deducido.

3º) Que Litoral Gas S.A. pretende la apertura del recurso extraordinario por cuestión federal típica, por cuanto se discute la inteligencia de normas federales atinentes al proceso de privatización del servicio público de gas, y por arbitrariedad de sentencia, por prescindencia del marco jurídico que regula el caso y por omisión de pronunciamiento.

4º) Que los agravios de la apelante pueden resumirse así: a) el a quo rechazó su pedido de inconstitucionalidad respecto del art. 3º de la ley 24348 con el absurdo argumento de que esa norma no modificaba situaciones preexistentes sino que sólo aclaraba oscuridades; por el contrario, se había violado su derecho a la exclusividad en la distribución del gas, que comprendía su derecho prioritario a comprar los emprendimientos existentes en los términos de las resoluciones que se incorporaron al contrato de transferencia de acciones; b) el decreto 1738/92 no constituía el marco jurídico del litigio, en primer lugar por cuanto no había sido invocado por las partes en el debate y, fundamentalmente, en razón de versar sobre otras situaciones, a saber, los emprendimientos que figuraban en la lista N° 3 del anexo XXV del contrato de transferencia de acciones; c) la cámara prescindió de la solución normativa del litigio, dada por el citado contrato de transferencia a la adjudicataria de las acciones de Litoral Gas S.A. y el instrumento de otorgamiento de la licencia, es decir, el decreto 2455 del 18 de diciembre de 1992, que había ratificado la vigencia de las resoluciones SSC 66/91 y SHM 105/92; d) la confirmación de la resolución del ENARGAS significaba arrasar con las normas jurídicas que sustentaban la credibilidad de la política de las privatizaciones, al prescindir de los derechos adquiridos conforme al contrato que se celebró con la licenciataria, todo lo cual configuraba una situación de gravedad institucional que justificaba la intervención de este Tribunal.

5º) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible pues se halla en tela de juicio la interpretación y aplicación de normas federales -ley 24076 y su decreto reglamentario; ley 24348 - y la decisión ha sido contraria a los derechos que en ellas y en la Constitución Nacional fundó el recurrente. Como los agravios que sustentan la tacha de arbitrariedad están inescindiblemente unidos a la interpretación de las normas federales que dan marco normativo al litigio, serán tratados, cuando corresponda, en forma conjunta.

6º) Que en razón del alcance de los agravios conviene recordar la doctrina de esta Corte en cuanto al ejercicio de facultades jurisdiccionales por órganos administrativos (Fallos: 247:646; 253:485; 301:1103), a efectos de una

mayor protección de los intereses públicos mediante el aprovechamiento de la experiencia administrativa en la decisión judicial que finalmente se adopte. La actuación de tales entes u órganos ha sido siempre condicionada a limitaciones constitucionales que surgen del art. 109 de la Constitución Nacional y de la garantía consagrada en el art. 18 de la Ley Fundamental, tales como la exigencia de dejar expedita una vía de control judicial verdaderamente suficiente (Fallos: 247:646; 310:2159; 311:334) y la limitación que se deriva de la materia específica que la ley sometió al previo debate administrativo. En cuanto al ENARGAS, las garantías formales de independencia y neutralidad previstas para su actuación en la ley 24076 -conf. arts. 53, 54 y 55 de ese cuerpo legal sobre designación y remoción de directores del ente- no alcanzan para categorizarlo como tribunal administrativo y su competencia debe ser ejercida con las limitaciones que surgen del art. 66 de la ley, es decir, "toda controversia que se suscite entre los sujetos de esta ley, así como con todo tipo de terceros interesados...con motivo de los servicios de captación, tratamiento, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización del gas".

7º) Que el marco propio de esta revisión consiste en la decisión relativa a la continuidad en la prestación del servicio por parte de un subdistribuidor, en la zona adjudicada a la licenciataria de la distribución, decisión que el ENARGAS ha sustentado -entre otras normas- en el art. 16 de la ley 24076. Ello comporta dirimir un conflicto a los fines y con el alcance de la prestación del servicio, pero no obsta a un debate definitivo que, sustentado en el mismo marco legal, comprometa los respectivos derechos de propiedad de las partes involucradas. Ello significa que está fuera de debate, por corresponder a la jurisdicción judicial plena, lo atinente a la propiedad de las obras e instalaciones -pues entrañaría una suerte de ejercicio encubierto de acción expropiatoria- o lo atinente a la responsabilidad del otorgante de la licencia en las condiciones de servicio que se determinarán en este litigio. Este alcance surge de las funciones y objetivos del ente regulador (arts. 50, 2 y 52 de la ley 24076) y es coherente no sólo con el principio básico contenido en el art. 109 de la Constitución Nacional, sino con la cláusula de competencia inserta en el anexo I del decreto 2455, "Reglas básicas de la licencia", que dice: (art. 16.2) "Para todos los efectos derivados de la presente licencia en su relación con el otorgante, la licenciataria se somete a la competencia de los tribunales en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal. En las controversias con otras partes relativas a la licencia, será competente la justicia federal".

8º) Que el principal agravio de la licenciataria Litoral Gas S.A. consiste en sostener que la autorización del subdistribuidor Cooperativa de Provisión de Obras y Servicios Públicos, Asistenciales, Vivienda y Crédito Setúbal Ltda. consagra un avasallamiento a sus derechos adquiridos al suscribir el contrato de transferencia de las acciones de la sociedad, dentro del procedimiento de la licitación pública internacional convocada por resolución ME y O y SP 874/92, conforme a los términos del decreto 2455 que le otorgó la licencia para operar con exclusividad el servicio de distribución de gas en la zona. La recurrente sostiene que si admitiese la interpretación que el a quo efectúa del art. 3º de la ley 24348, se la privaría de su "derecho a comprar" esas instalaciones, tal como quedó reconocido en el Anexo XXV del contrato de transferencia de acciones, en los términos de las resoluciones SSC 66/91 y SHM 105/92.

9º) Que corresponde, pues, adentrarse en el examen del marco normativo que fijó los derechos de quien recibió el carácter de distribuidora de zona. Según el pliego de bases y condiciones de la licitación pública respectiva, antes del perfeccionamiento de la venta de las acciones a la adjudicataria debía otorgarse a la sociedad la licencia que la habilitase para la prestación del servicio público de distribución de gas mediante el uso de los bienes transferidos. Ello se implementó mediante el decreto 2455 del 18 de diciembre de 1992 que otorgó a Distribuidora de Gas del Litoral S.A. la licencia respectiva, en los términos y condiciones establecidos por una serie de fuentes normativas enumeradas en los considerandos del decreto, cuyo examen constituye el punto central del razonamiento que permitirá esclarecer los derechos de la recurrente. Esas fuentes son, entre otras: "a) La ley 24076 y su reglamentación; b) Las Reglas Básicas previstas en el Anexo I del presente decreto, del que forma parte integrante...; f) El contrato de transferencia aprobado por la Resolución ME y O y SP N° 1409 del 9 de diciembre de 1992...".

10) Que en las reglas básicas de la licencia contenidas en el anexo I del decreto 2455, capítulo I, "Definiciones e Interpretación", se especifica que la reglamentación de la ley 24076 es el decreto 1738/92. El capítulo II del Anexo I del citado decreto trata en el apartado 2.2. el tema de la exclusividad de la licencia, en estos términos: "2.2. Exclusividad: La licencia se otorga a la Licenciataria con carácter exclusivo para el Área de Servicio. Esta exclusividad está sujeta a (i) la existencia de subdistribuidores según lo previsto en el Decreto Reglamentario, y (ii) lo previsto en el punto 8.1.3" (esto es, extensiones a la red de distribución necesarias para proveer el servicio a terceros que así lo solicitaren).

11) Que es infundada, pues, la argumentación que efectúa la recurrente en torno al decreto 1738/92, reglamentario de la ley 24076, en el sentido de que es ajeno al marco normativo que fijó sus derechos. Por el contrario, su reproche relativo a la prescindencia por el ENARGAS del marco normativo aplicable al caso, lleva ínsito el estudio del decreto reglamentario de la ley 24076, que aparece en el primer renglón de las fuentes normativas enumeradas en el decreto de otorgamiento de la licencia. Por ello es irrelevante que la cooperativa Setúbal no haya sustentado su

tesis en sede administrativa en el decreto 1738/92 o que se hubiese limitado a invocar la ley 24348 . Corresponde al ente regulador, en el área de su competencia, y a los jueces, por vía de la revisión judicial, definir los derechos de los sujetos involucrados en la prestación del servicio de gas mediante la aplicación de las normas legales, reglamentarias y contractuales pertinentes.

12) Que el art. 12 del anexo I del decreto 1738/92 contiene, con carácter general, una explícita regulación del llamado derecho de "exclusividad" -a la que remite la norma específica, esto es, el apartado 2.2. del anexo I del decreto 2455 (considerando 10, precedente)- en estos términos: "A los efectos del Artículo 12 de la Ley: (I) Los Distribuidores tendrán la exclusividad para la provisión del servicio de distribución dentro de la zona delimitada en la respectiva habilitación con sujeción a (i) el acceso de terceros según lo autorice el ente de conformidad con el artículo 16 de la Ley y su respectiva reglamentación; (ii) las disposiciones para la continuación transitoria de la explotación de las redes locales de distribución según lo dispuesto por el inciso (2) del artículo 4° del presente Reglamento; y (iii) la subsistencia de los subdistribuidores privados existentes a la fecha de sanción de la ley o que se autoricen según lo previsto en el inciso (2) del artículo 4° de esta reglamentación" (el subrayado no aparece en el texto).

13) Que ello significa que no es fundada la afirmación de la recurrente concerniente al "presupuesto del 100 % de la exclusividad a favor de la licenciataria". En efecto, tal alcance no resulta del instrumento que otorgó la licencia con carácter previo a la toma de posesión de las acciones de Litoral Gas S.A. (decreto 2455 , anexo I, capítulo II, párrafo 2.2.) ni del marco jurídico en el cual deben insertarse las obligaciones de la licenciataria, a saber, la ley 24076 y su reglamentación, el decreto 1738/92 ; ni tampoco del modelo de licencia aprobado por decreto 2255/92, anexo B, capítulo II, párrafo 2.2., que fue antecedente inmediato de la habilitación por el decreto 2455 . En todos estos instrumentos se estableció la exclusividad del distribuidor con sujeción -entre otras circunstancias- a la subsistencia de los subdistribuidores privados existentes a la fecha de la sanción de la ley 24076 o que se autoricen según lo previsto en el inc. (2) del art. 4° del decreto 1738/92.

14) Que la recurrente aduce que el art. 4° del decreto 1738/92 regula otras situaciones distintas a las planteadas en el sub lite (fs. 645 vta.), a saber, los emprendimientos construidos al amparo de las resoluciones SE 385/88 y SE 144/90, dictadas con anterioridad a la puesta en marcha del proceso de privatización. Litoral Gas S.A. afirma que siempre aceptó que estos terceros no quedaban obligados a transferir sus obras a la distribuidora y que iban a subsistir a su lado como subdistribuidores (fs. 652).

Al respecto, cabe señalar que las resoluciones mencionadas, anteriores a la vigencia de la ley 24076 , estimularon la participación -junto con la inversión privada- de entes públicos, provinciales o municipales, en los emprendimientos necesarios para la continuidad de los servicios de distribución de gas. Por ello, una vez en marcha la privatización del servicio público (art. 4° de la ley 24076), la reglamentación de la ley debió prever el procedimiento para la sustitución de las personas jurídicas de derecho público por personas jurídicas de derecho privado. Ello constituye el núcleo de lo regulado en el art. 4° del anexo I del decreto 1738/92, cuyo inc. 2, in fine, dice: (cumplidas las etapas previstas para las negociaciones) "...no se admitirá la subsistencia de persona jurídica de derecho público actuando en la prestación del servicio de transporte o distribución de gas". Nada nos permite concluir que se han excluido de esta regulación los emprendimientos que se realizaron en virtud de los regímenes de las resoluciones SSC 66/91 y SHM 105/92 pues el decreto no lo dice y, como se verá en los considerandos que siguen, la última resolución citada, modificatoria de la primera, hizo remisión, en caso de personas de derecho público, al procedimiento establecido en las "normas reglamentarias del art. 4° de la ley 24076" (esto es, al art. 4° del anexo I del decreto 1738/92).

15) Que contrariamente a lo que sostiene la recurrente, del contrato de transferencia de acciones suscripto el 28 de diciembre de 1992 no resulta su derecho a adquirir los emprendimientos existentes y que se discuten en autos sino con el alcance y las limitaciones que contiene la ley 24076 y su decreto reglamentario. En efecto, el capítulo I, del anexo XXV, "Listado de subdistribuidores", establece: "Las redes incluidas en el Listado N° 4 no se incluyen en los Activos a ser transferidos a la Licenciataria, y no corresponde bonificación alguna en favor de los titulares de dichas obras. Las obras construidas bajo este régimen podrán ser adquiridas por la Licenciataria respectiva en los términos previstos en las Resoluciones SSC 66/91 y SHM 105/92". En el "listado" N° 4 aparece "Setúbal Etapa III". Resulta, pues, esencial para la resolución de este litigio, definir con precisión el alcance de esta remisión.

16) Que la resolución SSC 66/91 del 30 de diciembre de 1991, fue una regulación provisoria "hasta la adjudicación de las concesiones", que dispuso, en lo pertinente: "Art. 2°. Las redes ejecutadas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior podrán ser explotadas por terceros hasta la adjudicación de las concesiones de redes de distribución dentro de la reestructuración de la Industria Gasífera. El Concesionario tendrá el derecho de adquirir la red al propietario, para lo cual de común acuerdo las partes fijarán el valor de venta, a valores razonables de retorno de inversión, realizada y no cobrada".

En la etapa de ejecución de los emprendimientos bajo los lineamientos de la resolución SSC 66/91, se sancionó la ley 24076 (promulgada con veto parcial el 9 de junio de 1992), que fijó el marco regulatorio para la reestructuración

de la industria del gas natural y alteró los emprendimientos encarados bajo el régimen de la resolución SSC 66/91 en las condiciones de los arts. 1º y 4º de la resolución SHM 105/92. Dice el art. 4º de esta última: "Las obras de distribución de gas natural o propano/butano indiluido por redes, que hayan cumplido con las condiciones establecidas en el Artículo 1º, podrán ser explotadas por sus titulares hasta comienzo de las licencias otorgadas bajo la Ley Nº 24076 . A partir de dicha fecha los titulares estarán obligados a vender las obras a los nuevos licenciatarios para lo cual deberán arribar a un acuerdo sobre el precio de venta y someterlo al Ente Nacional Regulador de Gas para que lo autorice. De no existir acuerdo, será de aplicación el procedimiento establecido en el Artículo 16, inciso b), de la ley 24076 y sus normas reglamentarias para los casos de personas de derecho privado y las normas reglamentarias del Artículo 4º de la Ley Nº 24076 en caso de tratarse de personas de derecho público".

17) Que dado que el sub lite versa sobre la situación de un subdistribuidor, persona de derecho privado, corresponde examinar desde ese ángulo el conflicto de intereses con el prestador del servicio de distribución de zona.

Ciertamente, los emprendimientos contempla dos originariamente en el art. 16, inc. b, de la ley 24076, no son idénticos a los regulados en la resolución SHM 105/92, salvo que se hubiese configurado la caducidad de los derechos conforme al art. 1º, in fine, de esta última. Sin embargo, lo relevante es que, en caso de falta de acuerdo entre la licenciataria y el tercero titular del emprendimiento, se hizo aplicable a esta situación el procedimiento fijado para los terceros interesados en construcciones, extensiones o ampliación en el art. 16, inc. b, de la ley 24076, que dice en lo pertinente: "De no existir acuerdo el ente resolverá la cuestión en un plazo de treinta (30) días, disponiendo dentro de los quince (15) días la realización de una audiencia pública. El ente queda facultado para disponer que la ejecución y/u operación de la obra sea efectuada por el prestador o por el tercero interesado, atendiendo al criterio de mayor conveniencia para el usuario final". Como se advierte, el acuerdo debe versar no sólo sobre el quantum del precio, sino sobre -en lo que interesa- el desplazamiento del tercero de la operación de la obra, decisión que, en última instancia, de no existir acuerdo, la ley deja librada a la decisión del ENARGAS, que recibe - como único criterio del legislador- su misión de tender a la mayor conveniencia del usuario.

18) Que ello significa que la resolución SHM 105/92 -que por su inclusión en el anexo XXV del contrato de transferencia de acciones, fijó el alcance de los derechos de la licenciataria de la distribución frente a la existencia conocida de subdistribuidores- contempló no sólo la opción de compra de la distribuidora sino también el derecho del titular del emprendimiento de rechazar su oferta, dejando la decisión final al ente regulador. Ello determina que no sea fundada la afirmación de Litoral Gas S.A. relativa a que la ley 24348 sustituyó una opción de compra de la licenciataria por una opción de venta de los titulares de los emprendimientos, con drástica alteración de lo previsto en el contrato de transferencia de acciones (fs. 629). Por el contrario, debe afirmarse que dicho contrato contiene los criterios para la coexistencia y la armonización de los derechos de los subdistribuidores y de la distribuidora de zona, mediante la remisión, en lo que interesa en esta causa, al procedimiento fijado en el art. 16, inc. b, de la ley 24076 y a su reglamentación.

19) Que en este contexto deben interpretarse los fundamentos del a quo en el sentido de que la ley 24348 aclaró ciertas oscuridades en relación a la subsistencia y protección de los derechos de subdistribuidores -cuyo origen debe remontarse a la etapa previa a la plena vigencia de la ley 24076 - frente a los derechos de que gozan las distribuidoras de zona de acuerdo con los instrumentos por los que obtuvieron la licencia, los que, obviamente, respondieron a los lineamientos de la ley 24076 y su decreto reglamentario. Puesto que la licenciataria no recibió el privilegio del monopolio, ni siquiera el de la exclusividad absoluta -que por no aparecer en el régimen legal no pudo, por tanto, integrar la ecuación económico-financiera de su contrato- debe interpretarse que recibió un derecho de prioridad (conf. debate parlamentario que precedió la sanción de la ley 24076 , Diario de Sesiones del Senado, 14 noviembre de 1991, págs. 4099 y 4123), que debe compatibilizarse con el derecho del tercero titular de la obra de no aceptar su oferta. La ley 24076 , que fijó como objetivos la incentivación de la eficiencia y la protección de los consumidores, otorgó al ente regulador la misión de designar al prestador u operador del servicio público, incluso con posibilidad de ejercer facultades expropiatorias cuando fuese imprescindible en beneficio del bien común (art. 4º, inc. 3, título IV, Anexo I, del decreto 1738/92; contrato de transferencia de acciones, capítulo VII, punto 7.1.2.).

20) Que el dictamen de la Comisión Bicameral de Reforma del Estado del 1º de junio de 1994 no es el debate parlamentario de la ley 24348 ni tiene valor jurídico para interpretar lo que resulta de la letra de la ley y de los antecedentes normativos. En este orden de ideas, este Tribunal coincide con el a quo en que la cooperativa Setúbal Ltda. ya gozaba -considerandos 16 a 18- del derecho de no aceptar la oferta de compra que le había formulado la licenciataria, lo cual descarta el reproche constitucional que Litoral Gas S.A. dirigió contra el art. 3º de la ley 24348. Por lo demás, este cuerpo legal clarificó pautas para el ejercicio de la misión por el ENARGAS, a fin de perfeccionar situaciones preexistentes en forma respetuosa de los derechos subjetivos involucrados, sin perjuicio, claro está, de la revisión judicial posterior. En consecuencia, cabe concluir que ninguno de los agravios que propone la apelante en esta instancia justifica la procedencia sustancial del recurso extraordinario.

Por ello, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario, y se confirma la sentencia de fs. 607/612 vta.

Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvanse los autos.

JULIO S. NAZARENO - EDUARDO MOLINÉ O'CONNOR (en disidencia) - CARLOS S. FAYT - AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO - ANTONIO BOGGIANO- GUILLERMO A. F. LÓPEZ (en disidencia) - GUSTAVO A. BOSSERT.

DISIDENCIA DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON EDUARDO MOLINÉ O'CONNOR Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON GUILLERMO A. F. LÓPEZ

Considerando:

Que los suscriptos coinciden con los considerandos 1º a 9º del voto de la mayoría.

10) Que, en cuanto al caso interesa, precisamente, esta última fuente -el contrato de transferencia-, establece en el capítulo I, de su anexo XXV, Listado de subdistribuidores", lo siguiente: "Las redes incluidas en el Listado N° 4 no se incluyen en los Activos a ser transferidos a la Licenciataria, y no corresponde bonificación alguna en favor de los titulares de dichas obras. Las obras construidas bajo este régimen podrán ser adquiridas por la Licenciataria respectiva en los términos previstos en las Resoluciones SSC 66/91 y SHM 105/92" (el subrayado no aparece en el texto). Adviértase que en el "listado" N° 4 aparece "Setúbal Etapa III".

11) Que una primera conclusión, decisiva para la suerte del litigio, surge de manera inequívoca de esta cláusula contractual; lo que allí se establece es una clara opción de compra en favor de la licenciataria, beneficio que no resulta más que ratificado en sus alcances de acuerdo con el contenido de las disposiciones a las cuales ella remite. En efecto, la resolución SSC 66/91 del 30 de diciembre de 1991, dispuso, en lo pertinente: "Art. 2º. Las redes ejecutadas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior podrán ser explotadas por terceros hasta la adjudicación de las concesiones de redes de distribución dentro de la reestructuración de la Industria Gasífera. El Concesionario tendrá el derecho de adquirir la red al propietario, para lo cual de común acuerdo las partes fijarán el valor de la venta, a valores razonables de retorno de inversión, realizada y no cobrada. En caso de discrepancias las partes deberán someter ante la Autoridad de Aplicación o el Ente que en el futuro lo sustituya en esa función a crearse por el Marco Regulatorio, siendo su decisión de carácter inapelable..." (el subrayado también pertenece al Tribunal).

Ya sancionada la ley 24076 (promulgada con veto parcial el 9 de junio de 1992), que fijó el marco regulatorio para la reestructuración de la industria del gas natural, se dictó la resolución SHM 105/92.

En el sentido al que se ha hecho referencia y de un modo aún más explícito, dice el art. 4º de esta última: "Las obras de distribución de gas natural o propano/butano indiluido por redes, que hayan cumplido con las condiciones establecidas en el Artículo 1º, podrán ser explotadas por sus titulares hasta comienzo (sic) de las licencias otorgadas bajo la ley N° 24076 . A partir de dicha fecha los titulares estarán obligados a vender las obras a los nuevos licenciarios para lo cual deberán arribar a un acuerdo sobre el precio de venta y someterlo al Ente Nacional Regulador de Gas para que lo autorice. De no existir acuerdo, será de aplicación el procedimiento establecido en el Artículo 16, inciso b), de la ley 24076 y sus normas reglamentarias para los casos de personas de derecho privado y las normas reglamentarias del Artículo 4º de la ley 24076 en caso de tratarse de personas de derecho público" (nuevamente, el subrayado corresponde a esta Corte).

12) Que, como se anticipó, la resolución SHM 105/92 -que por su inclusión en el anexo XXV del contrato de transferencia, al integrar "los términos y condiciones" bajo las cuales se otorgó la licencia mediante decreto 2455/92 , fijó el alcance de los derechos de la licenciataria frente a una determinada categoría de titulares de obras- contempló no sólo la opción de compra de la distribuidora sino también, ante el requerimiento de ésta, el deber de vender por parte del responsable del emprendimiento.

13) Que una interpretación contraria a partir de una mecánica aplicación de lo previsto en el art. 16, inc. b, de la ley 24076, norma a la cual -"tratándose de personas de derecho privado"- remite en su parte final la disposición en análisis para el supuesto de "no existir acuerdo" entre los interesados, no resulta adecuada.

En efecto, corresponde aquí remarcar que el referido art. 4º de la resolución SHM 105/92 establece que a partir de la vigencia de las licencias otorgadas bajo la ley 24076 , los titulares "estarán obligados" a vender las obras a los nuevos licenciarios, a cuyo fin "deberán arribar a un acuerdo sobre el precio de venta" y someterlo al ENARGAS. La falta de acuerdo que se contempla a continuación es únicamente la relativa "al precio de venta", no a la venta en sí misma, la cual queda al margen de toda discrepancia posible ya que, se reitera, los titulares de los emprendimientos quedan obligados a realizarla. De allí es que no puede ser aceptado que por aplicación de un "procedimiento" para superar las diferencias en el quantum de una operación cuya realización impone la propia disposición, aquélla llegara a no concretarse, pues ello importaría -directamente- torcer ese mandato.

Lo razonable, en cambio, sobre todo partiendo de la base de que los emprendimientos contemplados originariamente en el art. 16, inc. b, de la ley 24076, no son idénticos a los regulados en la resolución SHM 105/92 -salvo que se hubiese configurado la caducidad de los derechos conforme al art 1º, in fine, de esta última es adecuar el contenido de aquella norma a la hipótesis de que se trata, respetando estrictamente el "procedimiento" que ella prevé en cuanto

se refiere a la autoridad encargada de superar el conflicto -ENARGAS- y a los plazos para el dictado de la pertinente resolución -incluyendo la audiencia pública a celebrarse- mas limitando el contenido posible de esa decisión a la determinación final del precio al que se ajustará la venta cuya realización, como ya se vio, expresamente ordena la referida resolución SHM 105/92.

14) Que, en esas condiciones, resulta inoficioso en el sub examine analizar los alcances de la "exclusividad" reconocida, con carácter general, a Litoral Gas S.A. respecto a las diversas categorías de terceros titulares de obras que funcionaban al momento de entrar en vigencia la licencia que a aquélla le fue otorgada, pues lo cierto es que con respecto al aquí demandado, autorizado a operar en los términos de las resoluciones SSC 66/91 y SHM 105/92, fue establecido que sus derechos caducaban en la oportunidad referida, quedando obligado a partir de entonces a vender las obras al nuevo licenciatario.

15) Que, de cualquier manera, a esta conclusión no forma obstáculo lo previsto por el art. 12 del anexo I del decreto 1738/92, donde se señala que "(1) Los distribuidores tendrán la exclusividad para la provisión del servicio de distribución dentro de la zona delimitada en la respectiva habilitación con sujeción a ... (iii) la subsistencia de los subdistribuidores privados existentes a la fecha de la sanción de la ley o que se autoricen según lo previsto en el inciso (2) del artículo 4º de esta reglamentación", pues esta limitación encuentra preciso sentido, por una parte, en el reconocimiento de determinados emprendimientos ajenos a los contemplados en las resoluciones SSC 66/91 y SHM 105/92; tales como las "obras de transporte y distribución de gas construidas bajo las Resoluciones SE. 385/88 y SSC 144/90" (conf. el ya citado contrato de transferencia de acciones, capítulo I, del anexo XXV, "Listado de subdistribuidores": Listados nros. 1 y 2), anteriores a la puesta en marcha del proceso de privatización y, por la otra, aun en el marco de la referidas resoluciones SSC 66/91 y SHM 105/92, ante la posibilidad de que la licenciataria decline hacer ejercicio de su opción de compra.

16) Que análogas razones conducen a negar incidencia en la solución del caso al art. 4º del Anexo I del decreto 1738/92, del 18 de septiembre de 1992 -reglamentario de la ley 24076 - pues, al margen del tipo de emprendimientos que se incluiría en esa regulación, no puede perderse de vista que entre los términos y condiciones bajo las cuales se otorgó la licencia mediante el posterior decreto 2455/92 -se destaca que éste fue dictado el 18 de diciembre de 1992- figura expresamente, como ya se vio, el reconocimiento de la vigencia de las resoluciones SSC 66/91 y SHM 105/92 (conf. Anexo XXV del Contrato de transferencia, Capítulo I), resultando de esta última la obligación de los titulares de los emprendimientos de vender las obras al nuevo licenciatario.

17) Que ello determina que resulte fundado el cuestionamiento de Litoral Gas S.A. relativo a la interpretación del art. 3º de la ley 24348 realizada por el a quo, pues de ella resulta una injustificada sustitución de una clara opción de compra de la licenciataria por una opción de venta de los titulares de los emprendimientos, con drástica alteración de lo previsto en el contrato de transferencia de acciones y en las disposiciones con las cuales éste se integraba.

18) Que, aunque suficiente para pronunciarse por su inadmisibilidad, no es éste sin embargo el único cuestionamiento que merece el criterio de la alzada pues de él también cabe sostener que desatiende otras previsiones de análoga virtualidad, cuyo armonioso respeto se impone, contenidas en el ordenamiento de que se trata.

19) Que, en efecto, si el derecho de los terceros titulares de emprendimientos a rechazar la oferta de compra que le formule la licenciataria, contemplado en el art. 3º de la ley 24348, fuese absoluto y pudiese ser discrecionalmente ejercido, carecería de sentido la específica disposición contenida en el artículo anterior de ese mismo ordenamiento - art. 2º - relativa a las características de la oferta y a la determinación de su valor, por debajo del cual, en ningún caso, el Ente Nacional Regulador del Gas "podrá obligar al propietario o titular del emprendimiento a venderlo" a los licenciatarios zonales.

20) Que, en tal sentido, debe recordarse que, como lo tiene reiteradamente resuelto esta Corte, la inconsecuencia o falta de previsión del legislador no se suponen, por lo que la interpretación debe evitar asignar a la ley un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, correspondiendo adoptar como verdadero -en cambio- el criterio que las concilie y suponga la integral armonización de sus preceptos (Fallos: 306:721; 307:518 y 993, entre otros).

21) Que, en las condiciones indicadas, y en cuanto se refiere a aquellos que resultan alcanzados por las resoluciones SSC 66/91 y SHM 105/92, corresponde concluir que una adecuada inteligencia de la ley 24348, sólo permite reconocer a los terceros titulares de emprendimientos la calidad de subdistribuidor frente al rechazo de una oferta de compra de la licenciataria que -por el motivo que fuese- no satisfaga las exigencias que sobre el punto -ello sin abrir juicio sobre su validez- se establecen específicamente en el art. 2º.

22) Que esta aparente limitación, sin embargo, no importa afectación alguna de los derechos subjetivos del titular de la obra puesto que, en los términos de las resoluciones que autorizaron su emprendimiento -las cuales fueron dictadas atendiendo los lineamientos de la ley 24076 y su decreto reglamentario y fueron incorporadas al contrato de transferencia de acciones- aquél supo desde un comienzo, vale reiterarlo, que las redes podrían ser explotadas por

terceros "hasta la adjudicación de las concesiones de redes de distribución dentro de la reestructuración de la Industria Gasífera" (resolución SSC 66/91) y, en idéntico sentido, que las obras de distribución de gas natural o propano/butano indiluido por redes podrían ser explotadas por su titulares "hasta comienzo (sic) de las licencias otorgadas bajo la Ley N° 24076 " (resolución SHM 105/92); condiciones que no pueden sino ser interpretadas como una aplicación particular del derecho de prioridad recibido por la licenciataria (conf. debate parlamentario que precedió la sanción de la ley 24076 , Diario de Sesiones del Senado, 14 de noviembre de 1991, págs. 4099 y 4123). 23) Que, por último y a mayor abundamiento, corresponde señalar que esta interpretación se ve corroborada por el dictamen de la Comisión Bicameral de Reforma del Estado, del 1° de junio de 1994, en el cual, entre otras consideraciones, se establece "que, sin lugar a dudas las licenciatarias cuentan con el derecho de adquirir este tipo de emprendimientos, sin que exista la posibilidad, por parte del titular del mismo de negarse a venderlos, pero este derecho que lo podemos definir como una opción de compra en favor del licenciatario cuenta con un límite que está dado por el monto de la contraprestación ofrecida" (considerando 26); y que "no nos cabe duda que mediante la Resolución 66 el licenciatario cuenta con el derecho de adquirir la red y ello implica la transferencia de la propiedad" (considerando 35), para concluir, en la parte resolutive -punto 1.c.- con la siguiente propuesta: "Fijar para el caso en que la licenciataria haga uso del derecho que le asiste de adquirir la obra, y no hubiese arribado a un acuerdo con la titular del emprendimiento, un precio que se pueda determinar objetivamente, sin tener en cuenta apreciaciones que pueden distorsionar la justa valoración...".

24) Que, a mérito de todo lo expuesto, cabe concluir que el recurso extraordinario interpuesto resulta sustancialmente procedente, pues la decisión que convalidó la continuidad en la prestación del servicio por parte de la Cooperativa de Provisión de Obras y Servicios Públicos, Asistenciales, Vivienda y Crédito Setúbal Ltda. en la zona adjudicada a la licenciataria de la distribución, no resulta ajustada a derecho.

Por ello, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia de fs. 607/612 vta. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expuesto. Notifíquese y, oportunamente, remítanse los autos.

EDUARDO MOLINÉ O'CONNOR - GUILLERMO A. F. LÓPEZ.

