



Universidad de
San Andrés

UNIVERSIDAD DE SAN ANDRES

Departamento de Derecho

TESIS DE GRADO

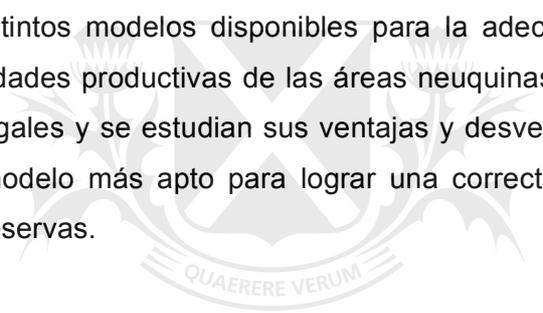
**MONETIZANDO VACA MUERTA: Los modelos legales
disponibles para la adecuada explotación del megayacimiento
no convencional**

AUTOR: Clara Raballo

LEGAJO: 27156

ABSTRACT.

La soberanía energética parece ser un objetivo presente en la agenda de todos los políticos argentinos. Sin embargo, muchas veces, tal objetivo aparenta ser una meta inalcanzable. Los recursos descubiertos en las cuencas neuquinas de Vaca Muerta generaron la esperanza de que ese deseo se pudiese convertir en realidad. El problema al que parece enfrentarse la producción de Vaca Muerta a la fecha es el transporte de las reservas extraídas, en especial en materia de gas natural. La incapacidad de transportar las reservas se debe a la insuficiencia de infraestructura disponible para cumplir dicha función. Esta restricción se traduce actualmente en una imposibilidad de lograr la soberanía energética argentina y, asimismo, impide el aprovechamiento pleno de los beneficios económicos que podría percibir Argentina al exportar su gas natural. En este sentido es que introducimos el título de estas páginas, "Monetizando Vaca Muerta", ya que analizaremos los distintos modelos disponibles para la adecuación de la infraestructura pública a las posibilidades productivas de las áreas neuquinas. A tal fin, se utilizan como guía tres modelos legales y se estudian sus ventajas y desventajas, para luego identificar cuál podría ser el modelo más apto para lograr una correcta y eficiente explotación de Vaca Muerta y sus reservas.

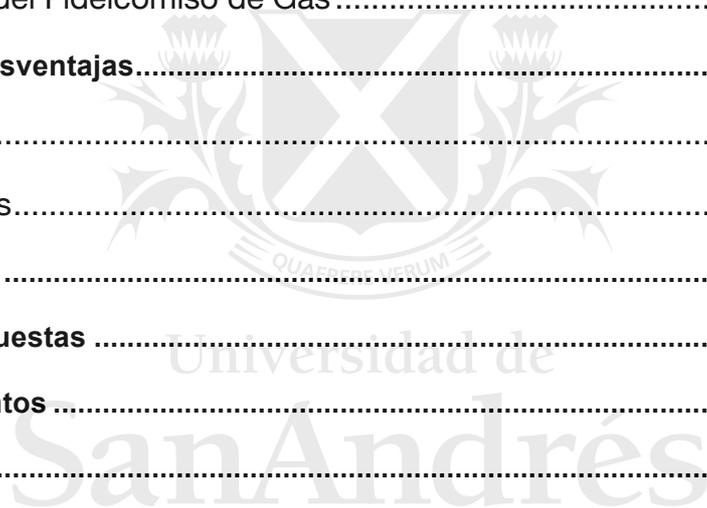


Universidad de
San Andrés

INDICE TEMATICO

I. INTRODUCCION	5
II. OBJETIVO.....	9
III. METODOLOGIA.....	10
IV. INFRAESTRUCTURA.....	10
A. Cuestiones generales	11
B. Caracteres de la infraestructura	13
a. Carácter físico	13
b. Capital intensiva.....	14
c. Maximización con la explotación	14
d. Regulación para el acceso.....	15
e. Necesidad de planificación	16
C. Importancia de la infraestructura pública.....	16
D. Desafíos para el desarrollo de Vaca Muerta	17
V. LEY NACIONAL DE OBRA PUBLICA	19
A. Análisis legal de la LOP	20
a. Sujetos	20
b. Caracteres.....	21
c. Objeto.....	23
B. Aplicación del modelo de contrato de obra pública a la realidad de Vaca Muerta.....	25
C. Ventajas y desventajas	26
a. Desventajas.....	26
b. Ventajas.....	29
VI. OFERTA IRREVOCABLE DE TRANSPORTE FIRME DE GAS NATURAL	30
A. Concesiones de obra pública	30
B. Oferta Irrevocable de Transporte Firme de Gas Natural	32
C. Ventajas y Desventajas.....	37

a.	Ventajas.....	37
b.	Desventajas.....	39
VII.	MODELO AD HOC.....	44
A.	Coyuntura Argentina.....	44
B.	El modelo <i>ad hoc</i>.....	46
a.	Etapa 1	47
ii.	Fiduciario	49
iii.	Fideicomisario	50
iv.	Beneficiarios	51
b.	Etapa 2.....	51
c.	Disolución del Fideicomiso de Gas	53
C.	Ventajas y Desventajas.....	53
a.	Ventajas.....	53
b.	Desventajas.....	54
VIII.	CONCLUSION	56
A.	Mejoras propuestas	58
B.	Agradecimientos	59
IX.	BIBLIOGRAFIA.....	60
I.		



I. INTRODUCCION

Al pensar en los lugares del mundo con mayores reservas¹ de petróleo y gas, rápidamente vienen a nuestras mentes, países como Venezuela, Arabia Saudita, Irán, Irak², Rusia o áreas como el Mar del Norte. Argentina, en este sentido, no era, hasta hace poco, mundialmente reconocida. El descubrimiento de la reserva de hidrocarburos Vaca Muerta ha logrado revertir esta situación, consagrándonos mundialmente entre los países con mayores reservas hidrocarburíferas no convencionales³. Si fuéramos a unir las posibilidades productivas de Estados Unidos y Argentina probarían proveer el 30% de la oferta mundial de gas. Un informe técnico publicado por la Subsecretaría de Hidrocarburos y Combustibles indica que *“la REPÚBLICA ARGENTINA es uno de los países de mayores recursos no convencionales de gas natural, con un total de 802 trillones de pies cúbicos (TCF, por su sigla en inglés) de gas, encontrándose el SETENTA Y TRES POR CIENTO (73%) de esos recursos emplazados en la Cuenca Neuquina”*⁴.

La formación Vaca Muerta está ubicada en la Cuenca Neuquina, al sudoeste del país, y cuenta con aproximadamente 30 mil km² de superficie. Estos 30 mil km² se encuentran divididos en 28 áreas con permisos de explotación no convencional. Al respecto debe tenerse en cuenta que: *“El Sistema Petrolero ‘convencional’ consiste en una serie de elementos que se tienen que encontrar en una línea de tiempo. Estos elementos son: la roca madre, la roca reservorio, la roca sello, la columna de roca (que ejerce presión sobre el sistema), una trampa, los procesos (generación-migración-acumulación), y la preservación del hidrocarburo generado, migrado y acumulado en la roca reservorio”*⁵. La falta de cualquiera de estos elementos deriva en que

¹ En adelante identificaremos como recursos a los hidrocarburos presentes en la Cuenca Neuquina e identificaremos como reserva a los recursos que se encuentran realmente disponibles para el aprovechamiento humano siendo económicamente viables su explotación y utilización.

² “Cuáles son los países con mayores reservas de petróleo y por qué esto no siempre es señal de riqueza”, *BBC News: Mundo* (2019).

³ Ruben Chorny. “Segunda reserva mundial: Vaca Muerta se llama la gran carta de crecimiento argentino”, *BBVA* (2017)

⁴ Decreto 465/2019

⁵ Ernesto Gallegos. “¿Qué son los yacimientos no convencionales?”, *YPF Energía* (2014).

necesariamente debemos referirnos a un sistema petrolero “no convencional”. Asimismo, la explotación convencional requiere, en la mayoría de los casos, de perforaciones verticales mientras que la no convencional, para obtener productividades que la hagan económicamente viable, requiere de perforaciones horizontales.

Tras haber perforado el primer pozo en 2011, Vaca Muerta se prepara para cerrar su calendario del 2019 con aproximadamente 1500 pozos perforados. Ahora bien, si las áreas con prospectos exploratorios están adjudicadas a privados para que las transformen en áreas productivas y los pozos no convencionales se encuentran operando y extrayendo recursos, ¿cuál es el problema?

Los recursos no pueden ser monetizados en su plenitud dada la carencia de infraestructura necesaria para transportar el petróleo y el gas. En otras palabras, existe la capacidad productiva, pero si no hay disponibilidad de infraestructura desarrollada para transportar las reservas en todo su potencial, de nada sirve seguir haciendo perforaciones. En tal sentido, debe tenerse en cuenta que una distancia de aproximadamente 570km separa el punto de extracción de los centros de demanda donde serán comercializadas las reservas, tanto para la demanda interna Argentina como para la externa. De allí que la construcción de la infraestructura necesaria presenta desafíos financieros significativos.

Es relevante mencionar que en lo que respecta a este análisis nos enfocaremos en la capacidad productiva del gas, no en la del petróleo, dado que el gas presenta un mayor desafío e intentar abordar ambos recursos implicaría proponer una labor demasiado amplia que excede el propósito de la presente. El petróleo no es un recurso tan infraestructura-dependiente como el gas ya que, con tal de lograr un transporte eficaz al puerto, cualquiera sea el medio (por ejemplo, camiones), es suficiente. El gas, por el contrario, encuentra que muchos de los medios de transporte usuales no son idóneos para su traslado. En este sentido, en tierra, los gasoductos son los únicos medios adecuados para la tarea. Actualmente Argentina enfrenta mayores limitaciones en las instalaciones para la captación, el tratamiento, transporte y acondicionamiento de gas natural, que en las referidas al petróleo.

El panorama existente de infraestructura es muy restringido para la capacidad productiva de Vaca Muerta. Los sistemas de gasoductos disponibles para la inyección y posterior transporte de gas extraído son operados por las licenciatarias Transportadora de Gas del Norte (en adelante “TGN”) y la Transportadora de Gas del Sur (en adelante “TGS”). Actualmente, ambos sistemas de gasoductos enfrentan lo que podemos identificar como un “cuello de botella”, todas

las operadoras demandan acceso al uso de la infraestructura, pero, dadas las características de ésta y sus restricciones físicas, no puede brindarles el servicio a todos. Es entonces que el propio Poder Ejecutivo ha tenido la ocasión de afirmar que: “*se torna imperioso superar en forma inmediata los graves perjuicios económicos señalados que representa, para el país, la falta de aprovechamiento de la totalidad del gas natural producido en Vaca Muerta por inexistencia de infraestructura adecuada, sumado a la necesidad de importación de ese recurso energético y de combustibles líquidos, a pesar de poseer recursos gasíferos propios que no pueden utilizarse por falta de esa infraestructura.*”⁶

Como se adelantó, el presente trabajo considera tres modelos utilizados en nuestro país para la expansión de infraestructura de gas natural que se esbozan en términos generales a continuación.

El modelo de desarrollo de infraestructura mediante contratos de obra pública es la herramienta clásica y tradicional siempre a disposición del Estado. Es la herramienta más idónea del Estado para satisfacer necesidades de interés general,⁷ ergo la importancia de poseer una norma nacional que lo regule de manera autónoma y completa. El marco legal es provisto por la Ley Nacional de Obra Pública, ley 13.064 (en adelante “LOP”), que regula dicho sistema y entiende el concepto de obra pública nacional como “*toda construcción o trabajo o servicio de industria que se ejecute con fondos del Tesoro de la Nación*”⁸. Puntualmente, y en concordancia con el art. 7 de la Ley, presupone obligatoriamente una partida presupuestaria estatal previa. Desarrollos de este estilo indican que la planificación, el financiamiento, la explotación y la asunción de riesgos sería pública. El Estado identificaría cuál es la obra deseable y programaría los esfuerzos necesarios. El Estado volcaría los bienes a su alcance para el desarrollo, sean estos productos de los tributos aportados por los contribuyentes o crédito público. El Estado sería el encargado de garantizar el funcionamiento adecuado de la infraestructura. El Estado afrontaría cualquier riesgo que pueda surgir por el uso de la infraestructura o los riesgos de cualquier situación derivada de la obra. Quedaría en manos del privado únicamente la ejecución de la obra

⁶ Decreto 465/2019

⁷ Ricardo T. Druetta y Ana Patricia Guglielminetti, “El contrato de obra pública”, 1.

⁸ Art. 1 de la Ley 13.064.

en particular. En otras palabras: *“Habrá contrato de obra pública cuando el Estado nacional, por sí o actuando a través de entes delegados públicos o privados, encomienda a un tercero – contratista– ejecutar una obra, sea ésta inmobiliaria, mobiliaria o inmaterial, quien asume la obligación principal de resultado de realizarla y organizar los factores de producción, con miras a satisfacer una finalidad de interés público, inmediata o mediata, a cambio del pago de un precio cierto en dinero, determinado o determinable, con afectación de fondos del Tesoro nacional.”*⁹

Por su parte, la llamada Oferta Irrevocable de Transporte Firme de Gas Natural (en adelante “La Oferta”) es la alternativa más novedosa para la explotación del área petrolífera de Vaca Muerta pero que arraiga alguno de sus principios en otro esquema frecuentemente utilizado por el Estado, la concesión de obra pública. Este modelo importa el desarrollo de políticas públicas deseables para el gobierno, en manos de entes privados. Si bien vincularemos a La Oferta con la concesión de obra pública, dadas sus extensas similitudes, no debemos cometer el error de considerarla una concesión de ese orden en su naturaleza más pura. Este contrato en particular, tiene como objeto la construcción de un nuevo gasoducto con la constitución de una nueva licenciataria, la Transportadora de Gas del Centro (en adelante “TGC”). La Oferta es el modelo que se presenta en el marco que permite a los constructores conservar los derechos de explotación de los gasoductos de manera monopólica. La autorización estatal, y consecuente licencia de TGC, para la explotación de la infraestructura esencial se otorga al privado en contraprestación al desarrollo de la obra. Si bien resultaría interesante hacer un análisis íntegro de las condiciones dadas para el desarrollo de este proyecto, y los distintos contratos vinculantes de la licitación, resulta ajeno al objetivo de este trabajo realizarlo por lo que no profundizaremos en documentaciones externas a La Oferta. Asimismo, es de nuestro entendimiento, como se expondrá oportunamente, que el eslabón débil en este intrincado plan es La Oferta y en este sentido merece de nuestra atención particular. Consideramos interesante mencionar que, a diferencia de lo requerido por la obra pública, el único elemento que conserva su publicidad en este esquema de concesión de obra pública es la planificación. El ente privado quedará a cargo del financiamiento, la ejecución, la explotación y el afrontamiento de riesgos. El traslado de los costos ya no recaerá en cabeza de los contribuyentes sino más bien en cabeza de los usuarios de la infraestructura, pagando el precio únicamente aquellos que utilicen los bienes o servicios.

⁹ Ricardo T. Druetta y Ana Patricia Guglielminetti, “El contrato de obra pública”, 9.

Finalmente, en el año 2004 el Estado emitió una serie de normativas tendientes a la extensión y expansión de la infraestructura pública para el transporte de gas natural. Con miras a aumentar la capacidad de transporte del gasoducto General San Martín, infraestructura operada por TGN y TGS se promulgan el Decreto 180/04, la Resolución 185/04, el Decreto 1882/2004 y el Decreto 1658/2004. La descripción del sistema presentado bajo estas normativas no es una tarea simple, combina elementos de diversos esquemas instaurados como los dos descriptos previamente. Una primera aproximación podría intentar delinearlo como un sistema *ad hoc* o heterodoxo de la Administración con el fin de lograr un resultado necesario para el desarrollo de la sociedad argentina y satisfacer una necesidad primordial, la demanda incremental de gas natural. En este sentido, bajo el Decreto 180/04, el Estado intento dividir los riesgos entre el sector público y el sector privado con la creación de un Fondo Fiduciario para atender Inversiones en Transporte y Distribución de gas natural. Dicho Fondo constituiría la titularización de un valor total de \$ 3.000.000.000 (tres mil millones de pesos) aproximadamente, logrados a través de la emisión de valores negociables, tal como lo detallan la primera parte del articulado de la Resolución 185/04. Una segunda etapa del modelo en cuestión reintegraría el dinero a quienes financiaron la obra de expansión a través de un mecanismo que recae en gran medida en la utilización de fideicomisos financieros de gran complejidad.

II. **OBJETIVO**

Así pues, considerando que la realización de explotación de Vaca Muerta es un objetivo de política pública deseable pero, con observancia de las limitaciones físicas de los gasoductos disponibles y con particular estudio de la capacidad productiva de gas de las áreas de Vaca Muerta, es que intentaremos presentar los modelos jurídicos factibles para el desarrollo de un proyecto de tal envergadura.

Concentraremos nuestros esfuerzos en producir un trabajo analítico y critico sobre los modelos identificando en detalle sus ventajas y falencias. Un estudio detallado de las características de los modelos propuestos nos permitiría identificar cuáles son las cualidades valiosas para la monetización de Vaca Muerta y cuáles no lo son. Podríamos afirmar que al finalizar el trabajo estaríamos en condiciones suficientes para brindar pautas y criterios generales para la creación de un marco jurídico adecuado para el desarrollo de la infraestructura pública necesaria para capitalizar el gas extraído de las áreas de Vaca Muerta.

La investigación contribuirá a presentar un panorama de claridad frente a un desarrollo de gran relevancia económica, política y social para Argentina. Consecuentemente, el modelo propuesto por el Estado para la explotación del gas natural de Vaca Muerta tendrá implicancias que repercutirán en las vidas de los ciudadanos argentinos por lo que consideramos pertinente delimitar los efectos para el alcance de todos.

III. METODOLOGIA

En este escenario es que analizaremos los distintos enfoques normativos que podríamos encontrar actualmente para el desarrollo de la infraestructura de transporte necesaria para lograr la explotación eficiente de las reservas disponibles en Vaca Muerta. El foco y la metodología, se centrará en estudiar los modelos que históricamente se han intentado implementar en Argentina. Comenzaremos con un estudio respecto de la teoría de la infraestructura pública en Argentina y haremos una revisión en sus pilares fundamentales que permitirá un entendimiento elemental y piramidal que proporcionará el sustento para luego estudiar los tres modelos propuestos que son:

- (1) El modelo de Obra Pública, que tomará como referencia lo propuesto para el desarrollo de la infraestructura necesaria a través del sistema clásico de la Ley Nacional de Obra Pública.
- (2) La Oferta Irrevocable de Transporte Firme de Gas Natural que aspira a la creación de TGC y que identificaremos como una suerte de concesión de obra pública.
- (3) El instituto *ad hoc* creado por el Gobierno en el 2004 que pretendía meramente ampliar y reforzar los gasoductos ya disponibles, con una suerte de combinación de herramientas legales existentes.

Tras exponer cada modelo en particular, sus beneficios y sus desventajas, las aplicaciones prácticas – si es que aplicasen – y sus reflejos en el derecho comparado, concluiremos por identificar, preliminarmente, cuál es el modelo más apto para la construcción de los gasoductos necesarios para la explotación de Vaca Muerta.

IV. INFRAESTRUCTURA

A. Cuestiones generales

La Real Academia Española (en adelante “RAE”) presenta dos definiciones para la palabra “infraestructura”. La primera establece que es un *“Conjunto de elementos, dotaciones o servicios necesarios para el buen funcionamiento de un país, de una ciudad o de una organización cualquiera”*. El significado indica que la infraestructura es un soporte, en este sentido, y en concordancia con Aguilar Valdez¹⁰, la infraestructura pretende sostener otra actividad, servicio o cosa. La segunda definición reduce el ámbito de aplicación de la palabra aun más al referirse a una *“Obra subterránea o estructura que sirve de base de sustentación a otra”*. Nuevamente se reitera el concepto de sustento y/o soporte. Siendo “subterránea” la palabra sugerente en esta descripción, podríamos describir a la infraestructura como algo subyacente, *“algo que está por debajo de otra cosa, a la que sostiene y permite funcionar”*¹¹- si bien sucede usualmente que exista infraestructura subterránea, este no es siempre el caso¹² -. Los gasoductos encuadran en ambas descripciones brindadas por la RAE. Esta infraestructura pretende sostener el transporte de gas y casualmente pueden ser, en algunos casos, calificadas también como obras subterráneas, si bien no siempre es el caso. Concluimos así que la infraestructura, en los términos de la RAE, pretende soportar o ser el elemento subyacente a una actividad diferente a ella misma.

Aguilar Valdez propone analizar el término desde la perspectiva técnica, entendiéndolo como una forma organizada que conecta nodos o distintos puntos de una relación en un determinado orden. Dicha interconexión o sistema organizado de elementos que guardan cierta relación entre sí¹³ y permite lograr relaciones plurales puede ser llamada una red entre todos los posibles participantes de dicho intercambio. La red es una plataforma que pretende facilitar el comercio de bienes y servicios.

¹⁰Oscar R. Aguilar Valdez, “Principios jurídicos aplicables a las infraestructuras públicas”, 375.

¹¹ De la Cuétara Martínez, Juan Miguel, “Sobre Infraestructuras en Red y Competencia entre redes”, 204.

¹² Un claro ejemplo de infraestructura que no reviste el carácter de subterránea son redes de telecomunicación.

¹³De la Cuétara Martínez, Juan Miguel, “Sobre Infraestructuras en Red y Competencia entre redes”, 208.

Existen tanto redes privadas como públicas. En lo que respecta a este desarrollo, nos es relevante únicamente el análisis de las redes públicas, en este sentido cabe preguntarnos ¿cuándo una red será calificada como pública? Decir que serán públicas únicamente aquellas redes subyacentes a un servicio o a un bien que responda al interés público parecería ser una interpretación acertada. Analizar qué es lo que se entiende por “interés público” es una tarea muy laboriosa y extensa, que no responde al núcleo de este trabajo, por lo que nos limitaremos a presentar brevemente las cuatro razones aceptadas por la doctrina y expuestas por Aguilar Valdez, que conforman lo que puede llamarse “el interés público”. En primera instancia, es claro que hay una directa relación entre la inversión en infraestructura y el desarrollo económico y social de un país. No es casual que países con elevados PBI per cápita sean aquellos que tengan la mayor inversión en infraestructura ¹⁴. En segunda instancia podemos vincular el crecimiento económico y social de un país con la mayor recaudación tributaria que deriva en la capacidad de atender diversos problemas que importan al interés general de los habitantes del país. A modo de ejemplo, propongo el siguiente caso que encuentra íntima relación con el tema que ocupa el trabajo: inversión en gasoductos que permitan comercializar los recursos extraídos de Vaca Muerta implicarían soberanía energética que a su vez generaría que los precios de los servicios bajen, así permitiéndole a los usuarios nacionales crecer económicamente, incrementando los intercambios comerciales, *ergo* ampliando la base tributaria que puede ser invertida en salud pública, seguridad o educación – conceptos que sin lugar a duda asociamos con el interés público. El Decreto 465/2019 mismo, normativa que analizaremos posteriormente, en sus considerandos resalta que *“el impulso de la política energética constituye un objetivo prioritario en cuanto implica la generación de actividades económicas en aras del crecimiento del país y redundando en beneficios para la sociedad.”*. A su vez los extensos tiempos de ejecución y la envergadura de obras semejantes generan empleo, nuevamente un concepto que asociamos con el interés público -. En tercer lugar, el deseo público de invertir en infraestructura puede encontrarse justificado utilizando argumentos de redistribución de la riqueza. Inversión en infraestructura implica un desarrollo mayor en ella logrando que más personas obtengan acceso. Finalmente, podríamos identificar una infraestructura como pública cuando la reconocemos como un bien público. En este sentido, el interés público encuentra razón en que no debe excluirse a nadie del acceso a estos bienes o servicios. Por consiguiente, el Estado debe ser quien lo desarrolle y regule.

¹⁴ “Los diez países con mejor y peor infraestructura del mundo”, *Infobae* (2015).

Esta primera sección pretende brindar un entendimiento más completo del significado de la “infraestructura pública”. Comprender que Vaca Muerta requiere de “infraestructura pública” no parece implicar una labor demasiado compleja. Un simple análisis, como el presentado con anterioridad, parece efectivamente inferir que los desarrollos de los gasoductos mencionados previamente son, sin lugar a duda, desarrollos de infraestructura que pretenden satisfacer el interés público argentino. El objeto de la siguiente sección es brindar una descripción general de los fundamentales principios jurídicos y características que rigen a las “infraestructuras públicas”. Consideramos pertinente mencionarlas para lograr captar la magnitud del problema que enfrenta Vaca Muerta al no poder capitalizar sus recursos.

B. Caracteres de la infraestructura

Con una percepción más completa de lo que implican las infraestructuras públicas consideramos, como ya ha sido dicho previamente, hacer un breve examen de las características principales. En suma, dichas características son las que posteriormente serán abordadas por los tres modelos presentados. Comenzaremos por enumerarlas brevemente para luego emplearnos en su estudio en concordancia con lo propuesto por Aguilar Valdez: tienen una naturaleza física o material, son capital-intensivas, se maximizan con la explotación, es necesaria su regulación para el acceso así como cierta planificación.

a. Carácter físico

El primer carácter no presenta mayores complicaciones, las infraestructuras se asientan en componentes físicos. Empero, este primer carácter introduce una serie de cuestiones, o mejor dicho consecuencias interesantes. En observancia de la materialidad de las infraestructuras notamos una íntima relación con los avances de la tecnología; el desarrollo de la tecnología habilita oportunidades novedosas en el espectro de la infraestructura. Por otro lado, el carácter físico nos enfrenta a una realidad: la finitud de la misma infraestructura, su capacidad limitada. Aquí encontramos la línea de partida para el trabajo que emprendemos. Existe una demanda alta y con estacionalidad¹⁵ para la utilización de ciertas infraestructuras pero estas pueden brindar sus

¹⁵ La demanda de gas varía según el periodo del año.

servicios a una capacidad determinada, que usualmente es menor a la demanda existente. En un intento por capitalizar la infraestructura – carácter que expondremos en la sección c) del presente capítulo - y en un esfuerzo por recuperar el capital desembolsado – carácter que expondremos en la sección b) del presente capítulo - es que se originan los llamados “cuellos de botella”, problema que pretenden solucionar los modelos posteriormente introducidos.

b. Capital intensiva

Infraestructuras capital intensivo son aquellas que requieren de una altísima inversión inicial. El desembolso requerido en las etapas tempranas del proyecto es cuantioso, consecuentemente, responde al modelo de economías de escala. Por consiguiente, los costos medios decrecen a medida que la envergadura de la obra incrementa. Asimismo, y continuando con lo presentado por Aguilar Valdez, la lectura que sigue este carácter es que la infraestructura pública es de “lenta maduración” así implicando un lento retorno, una amortización a largo plazo. Las consecuencias políticas son inmensurables, los incentivos para el gobierno que invierte en infraestructura pública son bajos puesto que, el gobierno que planifica y decide la inversión, no será el mismo que disfrutará de los frutos que produzca. Nuevamente, la baja rentabilidad socio-política de inversiones de esta índole explica la carencia de incentivos para encauzar proyectos tales como una red de gasoductos de 500 km.

c. Maximización con la explotación

La infraestructura pública y su rentabilidad no se mide en función del costo total o la inversión de la obra sino que se mide en función de la rentabilidad que ofrece una vez puesta en funcionamiento. De la misma manera podemos indicar que el proyecto “*adquire verdadero sentido - social, político y económico – con su explotación*”¹⁶. Por el contrario, la obra pública encuentra su razón de ser en el resultado físico de la misma. Una obra se percibe como culminada al momento que se ha finalizado el proyecto en sí. La rentabilidad de una infraestructura pública debe mensurarse en razón de las posibilidades de explotación que tendrá la misma en el futuro. La Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante “CSJN”) se ha pronunciado en este sentido y ha dejado precedente que cuando se trata de infraestructura, no

¹⁶ Oscar R. Aguilar Valdez, “Principios jurídicos aplicables a las infraestructuras públicas”, 384

solo es relevante analizar la obra física y tangible, consecuencia del proyecto, sino es necesario analizar el conjunto de cosas que componen la infraestructura.¹⁷

d. Regulación para el acceso

Es menester comprender a que nos referimos cuando utilizamos términos como acceso público o uso público. Con observancia de los caracteres previamente analizados podemos comprender que uso público no significa que todos tendrán acceso inmediato a la infraestructura. En razón de sus limitaciones físicas podemos observar como esto sería imposible de lograr. Así pues, Aguilar Valdez, en referencia a la doctrina española¹⁸, diferencia lo que percibimos como “uso público” y aquello que percibimos como “aprovechamiento general”. Mientras el “uso público”, en un contexto tradicional, se refiere a objetos o servicios que se encuentran en el dominio público y pueden ser disfrutados por quien así lo desee, en este entorno el término se utiliza más bien en referencia a un “aprovechamiento general”. A propósito, las infraestructuras públicas son de aprovechamiento general en el sentido de que *“son puestas a disposición del público para su uso por terceros”*¹⁹ que pueden requerir el acceso a las mismas acatando siempre las limitantes que presente el proyecto en particular. En efecto este panorama invita al gobierno a reglamentar y regular íntimamente las condiciones para su uso y goce y sus sistemas de resolución de conflicto, garantizando que se prestará el servicio equitativamente siempre que exista capacidad disponible. La CSJN, en este sentido, sostuvo que *“la modificación de dicho régimen para un caso individual no resultaba ...inocua, por cuanto puede producir una serie de conflictos y desajustes en el sistema general de prestación del servicio público, cuya recepción debe hacerse en condiciones de igualdad”*²⁰.

¹⁷ CSJN “Gas del Estado c/ Transportadora de Gas del Sur” del 5/8/2003 en donde establece que *“La recurrente ha sostenido que eran obras necesarias pero no rentables y que no estaba obligada a efectuar inversiones no rentables. Sin embargo, sólo es razonable una apreciación de la rentabilidad que considere al conjunto de las plantas como pieza integrante del servicio concesionado y no fraccione la rentabilidad respecto de cada planta en forma aislada”*.

¹⁸ Oscar R. Aguilar Valdez, “Principios jurídicos aplicables a las infraestructuras públicas”, 386

¹⁹ Oscar R. Aguilar Valdez, “Principios jurídicos aplicables a las infraestructuras públicas”, 386

²⁰ CSJN “Establecimientos Metalúrgicos Becció S.A e Hijos S.A c/ Ente Nacional Regulador del Gas – Resol. MJ ENERGAS 12/93” del 05/11/1996, *Fallos*: 319:2602

e. Necesidad de planificación

El mercado funciona bajo las premisas de oferta y demanda, frente a la abundancia de oferta el mercado seleccionará a los proveedores que, por alguna razón se hayan diferenciado, y provocará la extinción de aquellos que generan sobre-oferta. Por el contrario, la infraestructura pública requiere de planificación; construir más hospitales de los requeridos no implicaría simplemente una sobre-oferta sino que sería simplemente ineficaz y significaría el desperdicio de recursos estatales o privados. Es una conclusión lógica de los caracteres previamente dichos, que los proyectos que pueden identificarse como infraestructura pública requieren de un análisis detallado previo de las necesidades de los habitantes del país. Las necesidades deben ser conferidas, como bien explica Aguilar Valdez, “*de abajo hacia arriba*” y la participación del mercado - el sector privado - en la planificación de estas obras es primordial pues el desarrollo de una infraestructura sin explotación no tendría sentido. Nuestro ex Ministro de Infraestructura y Vivienda, Nicolás V. Gallo ha dicho en este sentido “*Infraestructura para el desarrollo implica necesariamente la preexistencia de un plan concebido y consensuado de abajo para arriba con proyecciones cronológicas sustentables.*”²¹.

C. Importancia de la infraestructura pública

Estimamos relevante, antes de comenzar con el análisis pertinente a esta sección, hacer una breve afirmación para reafirmar convicciones u obviar futuras confusiones: todo crecimiento socio-económico es positivo.

El desarrollo de infraestructura no es el único elemento fundamental, es menester que además de que se invierta en este tipo de proyectos, se haga con consideración a los caracteres anteriormente presentados. Es análisis de Aguilar Valdez²², que compartimos, que un país puede tener muchas obras públicas sin que esto implique necesariamente altos niveles de desarrollo o riqueza. El desarrollo viene acompañado por la eficaz realización de proyectos de infraestructura pública. “*Invertir en infraestructura para el desarrollo del país es equivalente a invertir en*

²¹ Nicolás V. Gallo, “Opinión. Obra pública e infraestructura”, *La Nación*.

²² Oscar R. Aguilar Valdez, “Principios jurídicos aplicables a las infraestructuras públicas”, 386.

*maquinaria en una fábrica para aumentar la producción. Así como las máquinas se seleccionan por su rendimiento, la infraestructura debe seleccionarse por su contribución a un mayor y más competitivo desarrollo de la economía productiva.*²³.

De igual manera, y en el marco de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la ONU, el Banco Mundial ha considerado las inversiones en infraestructuras elementos esenciales para el crecimiento económico y ha indicado que considera elemental el desarrollo de las mismas en economías emergentes – como la Argentina – logrando así reducir la pobreza.²⁴

Finalmente, entendemos relevante brindar datos empíricos para apoyar la afirmación de que la inversión en infraestructura tiene una estrecha relación con el crecimiento socio-económico de la población. La Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas (en adelante “FIEL”) sostuvo que un crecimiento del 1% en el capital total de infraestructura encuentra un reflejo exacto en el crecimiento del producto bruto interno. En otras palabras, un incremento del 1% implica un incremento del 1% en el producto bruto interno.²⁵

D. Desafíos para el desarrollo de Vaca Muerta

La super-capacidad productiva de Vaca Muerta presenta el primer reto a superar. Los sistemas de gasoductos existentes, TGS y TGN, no dan abasto para el caudal de gas transportable. Así, la posibilidad física de las infraestructuras existentes, se encuentran utilizadas en su totalidad. Lograr construir una infraestructura suficiente y físicamente idónea para soportar el vasto caudal de gas disponible en los yacimientos de Vaca Muerta requiere de una inyección de capital de 2.000 millones de dólares. A su vez, monetizar Vaca Muerta implica lograr exportación del gas extraído; al venderlo a mercados internacionales generaríamos ingreso de moneda extranjera que superaría ampliamente las oportunidades de ganancia local. Sin embargo, la

²³ Nicolás V. Gallo, “Opinión. Obra pública e infraestructura”, *La Nación*.

²⁴ “Infraestructura y alianzas público-privadas”, *Banco Mundial BIRF-AIF*.

²⁵ Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, *Argentina: Infraestructura, ciclo y crecimiento*, 29.

exportación implica, como primer paso, la necesidad de transportar el gas a los puertos en los cuales se comercializaría, nuevamente reiterando la exigencia de gasoductos capaces de transportar las reservas disponibles en los yacimientos. Cabe mencionar fugazmente que se requeriría de infraestructura adicional al transporte, como por ejemplo, plantas de licuefacción para convertir el recurso en estado gaseoso a un recurso en estado líquido para que pueda ser transportado a los puertos demandantes, aspecto que es ajeno al presente.

Consecuentemente, la cualidad capital intensiva de las infraestructuras públicas puede verse nítidamente reflejada en el monto necesario para la construcción de los gasoductos. A su vez, el monto requiere ser desembolsado en las etapas más tempranas del proyecto – las obras públicas, en contraste, pueden tener desembolsos progresivos de dinero permitiéndole a los entes públicos o privados que financian el proyecto, diluir la carga financiera en el tiempo -. Asimismo, la posibilidad de amortización del dinero desembolsado se logra únicamente en el largo plazo. En este supuesto hay que considerar algunas cuestiones de la realidad jurídica y política Argentina. Vaca Muerta exige inversiones billonarias de dinero con devoluciones a 15, 20 años. Sin embargo, el contexto macro argentino no invita a este tipo de operaciones dada la alta incertidumbre jurídica existente y el inconstante entorno político. Las agendas de los gobiernos cambian de administración en administración, causando que la agenda del previo difiera con creces de la agenda del gobierno posterior. Vaca Muerta encuentra el desafío en generar la confianza necesaria a los inversores para que, sin importar la volatilidad política argentina, costeen el proyecto.

Por último, pero en concordancia con el punto esgrimido previamente, la planificación del desarrollo de gasoductos insta a un detallado análisis que se ve interrumpido por la falta de incentivos políticos y económicos. Los cambiantes gobiernos comprenden que si bien ellos serán quienes planifiquen y traccionen el proyecto, no serán ellos quienes cosechen sus frutos. Así, se privilegia invertir en planes cortoplacistas²⁶ en un esfuerzo por avanzar en la propia agenda

²⁶ Abundan los ejemplos en todas las áreas relativas a la producción energética. Juzgo relevante hacer breve mención de una. Argentina en la última década ha sido importadora de gas dada la insuficiente oferta local. Este panorama obligó a la importación de gas tanto por gasoductos de nuestros países limítrofes, como también a través de buques que traen el recurso en estado líquido (GNL). Para su transporte por los gasoductos, el gas debe encontrarse en forma gaseosa por lo que al llegar el buque a los puertos argentinos, debe someterse a un proceso de regasificación. El acento cortoplacista está en que se optó por la opción de menor costo (el alquiler de buques de regasificación) en vez

política de reelección. El desarrollo de infraestructura subyacente a la producción de gas natural implica una complejidad adicional ya que existen fluctuaciones anuales en la demanda. La estacionalidad de la demanda es un obstáculo tangible que debe preverse y planificar en concordancia con el mismo. Particularmente cuando pensamos en el consumo destinado al hogar notamos un mayor impacto ya que durante el invierno la demanda incrementará notablemente con el uso de sistemas de calefacción. La planificación toma nueva virtualidad en el marco del gas natural y se presenta como un nuevo desafío para Vaca Muerta y su desarrollo. Una planificación errónea, en términos de estacionalidad, podría resultar en que se dimensionen los gasoductos para la demanda máxima estacional que se verifica únicamente por dos o tres meses al año, derivando en un gasto innecesario de recursos.

V. LEY NACIONAL DE OBRA PUBLICA

Hallamos el espíritu de la obra pública consagrado en la Ley Nacional 13.064. De modo introductor estimamos relevante compartir una breve afirmación que guiará nuestro análisis de la LOP: *“cuando el Estado nacional, por sí o actuando a través de entes delegados públicos o privados, encomienda a un tercero – contratista – ejecutar una obra,...quien asume la obligación principal de resultado de realizarla y organizar los factores de producción, con miras a satisfacer una finalidad de interés público... a cambio del pago de un precio cierto...con afectación de fondos del Tesoro nacional”*²⁷.

de analizar alternativas para aunar esfuerzos financieros para la construcción de una terminal de regasificación de gas natural que resultaría más económico y razonable en el largo plazo aunque el desembolso inicial fuese mayor. El recambio de gobierno utilizó medidas que incentivaban la producción interna de gas, generó un superávit de gas que tornó innecesario tanto el buque de GNL como el de regasificación, llegando a la situación opuesta (la contratación de un buque de licuefacción) para la exportación del gas. El Gobierno actual se encuentra tomando medidas que revierten las tomadas por la administración anterior por lo que no sería sorprendente que en el corto plazo nos encontremos nuevamente con buques de GNL importando gas y el alquiler de buques de regasificación. El alquiler de los buques de regasificación en una primera instancia fue la opción por 6 años; en el largo plazo la decisión tomada generó mayores ganancias políticas al gobierno que la tomó pero fue la que mayor ineficiencia económica trajo al país y a sus habitantes (“Sin gas y sin plata”, *La Nación*).

²⁷ Ricardo T. Druetta y Ana Patricia Guglielminetti, “El contrato de obra pública”, 9

A. Análisis legal de la LOP

El artículo 1 de la ley delimita qué contratos serán considerados de obra pública. En efecto la ley proporciona márgenes en aquello que engloba. Únicamente se encontrarán dentro de los márgenes del contrato de obra pública aquellas que se financien con los fondos del Tesoro de la Nación, en consideración de las excepciones previstas –obras que se efectúen con subsidios y construcciones militares -. En otras palabras, la financiación de dichos proyectos proviene exclusivamente del Tesoro de la Nación.

Un análisis más minucioso requiere estudiar qué entendemos al decir “*los fondos del Tesoro Nacional*”. Al ingresar al sitio web²⁸ de la Tesorería General de la Nación, nos recibe una breve introducción que lee que son los responsables de la programación y administración de los grandes flujos financieros del Estado. Al utilizar un criterio como los “*grandes flujos financieros del Estado*” se libera el entendimiento de qué compone el Tesoro de la Nación a una interpretación más bien amplia²⁹. No obstante, el mismo sitio web proporciona más información sobre el funcionamiento de este organismo público incluyendo una lista acabada de los recursos que componen el mismo³⁰, ciñendo los elementos que pueden financiar lo que llamaremos obra pública en los términos de la Ley 13.064.

a. Sujetos

Existen dos sujetos principales en los contratos de obra pública: el comitente y el contratista. Por un lado, el rol de comitente recaerá siempre en cabeza del Estado dotando al contrato la cualidad de administrativo y público. El Estado puede actuar de manera centralizada o utilizando los organismos descentralizados salvo que normas específicas prevean lo contrario. Los “entes públicos, estatales no nacionales, entes públicos no estatales y personas privadas” pueden ser los receptores del título de comitente por delegación del Poder Ejecutivo. Por ende, el art. 2

²⁸ <http://www.tgn.mecon.gov.ar>

²⁹ Ricardo T. Druetta y Ana Patricia Guglielminetti, “El contrato de obra pública”, 3

³⁰ ingresos tributarios, ingresos no tributarios, otros ingresos en moneda nacional y otros ingresos en moneda extranjera con sus respectivas sub-categorías (“El sistema de la tesorería”, *Tesorería General de la Nación*, 82-89)

de la Ley ajusta el ámbito de aplicación de esta norma a los organismos que pueden ejercer las facultades acaudaladas en la normativa. En este sentido se prevé un derecho de delegación únicamente en manos del Poder Ejecutivo. En segundo lugar, el contratista será el sujeto obligado al desarrollo del objeto del contrato y podrá ser cualquier persona física, jurídica, privada o estatal que se presente como idónea³¹.

b. Caracteres

El art. 3 introduce el primer carácter de la LOP, la bilateralidad. Si bien un contrato de obra pública puede ser llevado a término por entes oficiales centralizados la mayoría de los supuestos presenta otro escenario, la utilización de licitaciones públicas para la construcción del proyecto. En este sentido, perdemos la cualidad unilateral y puramente estatal que prevalecía y al incluir un nuevo jugador en el proyecto nos encontramos con una relación bilateral. La característica sinalagmática encuentra razón de ser en las obligaciones recíprocas que tienen el Estado comitente y el ente privado o público contratista. Por un lado, el contratista deberá ejecutar la obra en concordancia con las pautas establecidas en el pliego de condiciones generales que dicta la adjudicación³². A cambio, el comitente deberá la “cancelación oportuna del precio de la locación de obra”³³. En vistas de este carácter es que podemos dotar al contrato de otra cualidad, los contratos de la LOP son contratos considerados administrativos o contratos del Estado. Como ya hemos mencionado previamente, los sujetos de esta relación son el Estado – o alguno de sus organismos descentralizados – y el contratista. El art. 21 señala expresamente que se trata de un “contrato administrativo de obra pública”³⁴ convirtiéndolo en un contrato administrativo típico – pues está regulado por la ley en discusión – que responde a la función administrativa del Estado o al interés público – en el sentido estudiado anteriormente –. Del carácter administrativo surge principalmente el *potestas variandi* que le otorga facultades exorbitantes al Estado como por ejemplo, la modificación unilateral del contrato. Si bien esta es una cualidad que revisten la mayoría de los contratos administrativos, la LOP lo introduce expresamente en su normativa. El

³¹ Existen una serie de requisitos que debe cumplir el contratista para lograr dicha idoneidad. A modo de ejemplo vemos la obligación que surge del art. 13 de la LOP (Ricardo T. Druetta y Ana Patricia Guglielminetti, “El contrato de obra pública”, 18)

³² Ley de Obra Pública 13.064, art. 25.

³³ Ricardo T. Druetta y Ana Patricia Guglielminetti, “El contrato de obra pública”, 9

³⁴ Ricardo T. Druetta y Ana Patricia Guglielminetti, “El contrato de obra pública”, 10

art. 30 plasma este mismo concepto autorizando al comitente a producir alteraciones en el proyecto que le serán obligatorias al contratista.

Asimismo es posible identificar la LOP con el carácter de la onerosidad³⁵. El Capítulo VII de la Ley trata justamente las cuestiones atinentes a los pagos de las obras. El mismo art. 45 que indica claramente que el pago, al cual se obliga el comitente, debería hallarse en el pliego de bases y condiciones firmado por ambas partes previo al comienzo del desarrollo de la obra. Por añadidura comprendemos que “la gratuidad es ajena al contrato de locación de obra”³⁶ por lo que necesariamente debe pactarse un precio. Asimismo, de no existir la cualidad onerosa en el contrato, caería también el carácter sinalagmático ya que el Estado no le debería nada al contratista al finalizar la obra.

Los contratos de la LOP son contratos colaborativos ya que la obra depende de la ejecución de la prestación en manos del contratista. En este sentido la buena fe y la colaboración son requisitos para la realización de este tipo de proyectos. Sin la buena fe de ambas partes de la relación jurídica, no es posible poner en funcionamiento los engranajes de la LOP. Dicho de otro modo, dado que se trata de un negocio que pretende satisfacer el interés público, tanto el comitente como el contratista deberían obviar actuaciones que puedan verse motivadas por un ánimo lucrativo. La buena fe en el ámbito administrativo es la pauta rectora de los contratos administrativos. *“Esta exigencia es rigurosa respecto a quien contrata con el Estado pues existe compromiso del interés general y no sólo el del particular”*³⁷. Sin embargo, se utiliza como principio interpretativo también para las actuaciones del Estado puesto que no pueden entenderse estas relaciones jurídicas como elaboraciones que satisfacen intereses particulares sino que prima el interés general de la sociedad por lo que la buena fe administrativa no pretende cumplir finalidades pecuniarias del Estado³⁸. En otras palabras, se exige un intenso y correcto cumplimiento del principio de buena fe. Consideramos relevante mencionar que el principio de

³⁵ Ricardo T. Druetta y Ana Patricia Guglielminetti, “El contrato de obra pública”, 9

³⁶ Ricardo T. Druetta y Ana Patricia Guglielminetti, “El contrato de obra pública”, 9

³⁷ “Contrato de obra pública, buena fe”, *SAIJ*.

³⁸ Luisa Alexandra Torres – Acosta, “El principio de legalidad: una necesaria restricción a la aplicación de la doctrina de los actos propios en la contratación estatal”.

buena fe en el ámbito contractual-estatal se refiere al seguimiento de conceptos de economía y transparencia³⁹ evitando ocasionarse daños recíprocos en las partes contratantes. El principio de cooperación sigue la buena fe ya que, en pos de mantener la economía del proyecto, las peticiones deben resolverse con celeridad y eficiencia para evitar así incurrir en mayores gastos. A su vez, la colaboración que pretende el contratista del Estado es el seguimiento de la evolución del proyecto y el dictado de las pautas para proseguir.⁴⁰

El tracto sucesivo no es un requisito necesario para calificar un contrato como administrativo – ya que la calificación se la brinda el mero objeto del mismo – pero es usual que este estilo de contratos revistan dicho carácter⁴¹. Los contratos de la LOP son de tracto sucesivo ya que “*no se verifica el cumplimiento instantáneo de la prestación a cargo del contratista*”⁴² sino que la satisfacción del interés público que pretende saciar la obra se da en el tiempo.

Para finalizar, la reciprocidad es una particularidad que surge de los caracteres introducidos previamente. Si el contrato es bilateral y oneroso, una conclusión lógica y acertada indicaría que ambas partes tienen derechos y obligaciones causales del contrato. De todos modos cabe preguntarnos desde qué momento se tornan exigibles. El art. 24 de la LOP establece el momento exacto del perfeccionamiento otorgándole total virtualidad a los derechos una vez cumplidos todos los requisitos del Capítulo III de la mencionada ley. En otras palabras, podemos identificar este tipo de contratos como contratos conmutativos ya que “*los derechos y obligaciones de ambas partes son ciertos y determinados o determinables desde la celebración del contrato*”⁴³

c. Objeto

³⁹ Luisa Alexandra Torres – Acosta, “El principio de legalidad: una necesaria restricción a la aplicación de la doctrina de los actos propios en la contratación estatal”.

⁴⁰ Ricardo T. Druetta y Ana Patricia Guglielminetti, “El contrato de obra pública”, 14

⁴¹ Miguel Santiago Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, T III-B4, 30

⁴² Ricardo T. Druetta y Ana Patricia Guglielminetti, “El contrato de obra pública”, 11

⁴³ Ricardo T. Druetta y Ana Patricia Guglielminetti, “El contrato de obra pública”, 9

El art. 1 de la LOP considera objeto de los contratos de obra pública a *“toda construcción o trabajo o servicio de industria”*. Los términos empleados podrían implicar ambigüedad en la normativa y es menester precisarlos. El decreto 19324/49 intenta disipar dicha ambigüedad circunscribiendo el ámbito de la LOP.

El art. 1 del decreto clarifica de manera enunciativa los elementos que considera englobados por los términos utilizados en la LOP, eliminando la posibilidad de que la ley en discusión sea mal utilizada en contratos que no encuadran en la normativa. Asimismo, el art. 2 del decreto amplía lo comprendido por la LOP en lo que respecta a su objeto, incorporando bienes muebles, inmuebles y hasta todos aquellos *“elementos destinados a las construcciones, trabajos y servicio de industria enunciados”*. En tanto, en la última ampliación introducida, es posible identificar la inclusión de *“objetos inmateriales ajenos al concepto de obra física”*⁴⁴ como por ejemplo pueden ser los planos para la construcción de un hospital público, elemento indispensable para el desarrollo del proyecto pero no necesariamente físico.

El objeto de los contratos de obra pública puede ser unidimensional o pluridimensional. Tendrá un único objeto cuando este sea la mera entrega de alguno de los bienes previamente descriptos –un claro ejemplo sería el desarrollo de una rotonda para direccionar el tránsito-. En contraste, será pluridimensional cuando se trate de contratos de llave en mano (o *turnkey contracts*). En otras palabras *“el objeto del contrato de obra pública puede ser múltiple”*⁴⁵. Se realizan los contratos siguiendo este esquema de llave en mano cuando se estime práctica y conveniente para el interés público la realización del proyecto de manera integral⁴⁶, entregando una obra consumada y construida de acuerdo a los pliegos por lo cuales se otorgó la licitación. Existe una *“obligación global asumida por el contratista de entregar”*⁴⁷ la obra completa. Un contrato de estas características puede incluir en el objeto la puesta en marcha del mismo. El articulado del Decreto 870/03 describe algunas obligaciones que engloba la modalidad del

⁴⁴ Ricardo T. Druetta y Ana Patricia Guglielminetti, “El contrato de obra pública”, 18

⁴⁵ Ricardo T. Druetta y Ana Patricia Guglielminetti, “El contrato de obra pública”, 18

⁴⁶ “Contrato llave en mano” *Asesoría General de la Provincia de Buenos Aires*.

⁴⁷ Alexander Campos Medina y Luis Martín Hinojosa Sobrevilla, “El Contrato De Obra Pública: Lo Que No Dice La Ley De Contrataciones Y Adquisiciones Del Estado, Pero Debería Decir”, 308.

contrato de llave en mano como por ejemplo la provisión del método operativo, la supervisión del montaje, el entrenamiento del personal necesario, la provisión e instalación de los materiales necesarios, entre otras. La entrega se consideraría perfecta cuando no solo se entregue la infraestructura concluida sino que la misma deberá funcionar de manera apta.

B. Aplicación del modelo de contrato de obra pública a la realidad de Vaca Muerta

Debemos aplicar los conocimientos teóricos antes expuestos a una realidad más tangible y práctica. Es decir, volcar todos los conocimientos al caso que nos trata, los recursos de Vaca Muerta y su consecuente transporte a los centro de demanda.

Se estima que el desembolso necesario para el sistema de gasoductos necesarios para el transporte del gas es de 2.000 millones de dólares, dinero que debería proveer el Tesoro Nacional para poder ser considerado dentro del marco de la LOP. Se redactaría un contrato de obra pública que encontraría como sujetos, posiblemente, al Ministerio de Desarrollo Productivo⁴⁸ siendo este el comitente de la obra, manteniendo centralizado el contrato de obra pública. La figura del contratista se condensaría en el privado y/o ente público que fuera adjudicado en la licitación donde el comitente establece los requisitos que entienda indispensables para el desarrollo del proyecto. Por último lo más probable es que encontráramos que el contrato tenga un objeto pluridimensional y esté formulado como un contrato de llave en mano, entendiendo que al hacer la entrega al comitente, no solo deberían estar los gasoductos construidos sino que debería existir, por ejemplo, personal capacitado e idóneo para su operación y mantenimiento y una ruta operativa clara.

La alocaación de los roles y los riesgos que los mismos conllevan encuentran como comitente al Estado. En otras palabras, será este quien acarree la mayoría de los riesgos que puede implicar una obra como el desarrollo de infraestructura que soporte los recursos extraídos de Vaca Muerta. Reservamos el análisis que advertirá si esto es algo positivo o negativo para la posterioridad, por el momento nos limitaremos a presentarlos y desarrollarlos.

⁴⁸ O el nombre y/o dependencia que lleve el ministerio a cargo de la producción energética del país.

En su rol de comitente, el Estado deberá llevar a cabo una investigación con respecto a elementos mas bien técnicos del proyecto, como por ejemplo el caudal a ser transportado por los gasoductos, tomando en consideración cuestiones como posibilidades productivas de las áreas de explotación y las demandas estacionales del gas. Se reitera una vez más la necesidad de planificar este tipo de obras como uno de los ejes centrales de las infraestructuras públicas y observar acabadamente las necesidades del mercado energético, y su estacionalidad, previo al comienzo de la ejecución.

C. Ventajas y desventajas

El sentido común indica, antes de encabezar un análisis de los aspectos positivos y negativos de este modelo, que no existe una compatibilidad alta para el desarrollo de gasoductos con el modelo del contrato de obra pública, dado el actual contexto económico negativo en Argentina. Hoy en día, las desventajas suprimen cualquier ventaja que pueda surgir de este modelo. No obstante, la coyuntura Argentina y el contexto económico de la última década es la razón de ser de la inviabilidad de este modelo para el desarrollo necesario para la monetización de Vaca Muerta. En el pasado, este modelo se ha usado en repetidas ocasiones para obras de gran envergadura⁴⁹ y podría volver a utilizarse en un futuro.

a. Desventajas

La problemática que se apodera inmediatamente de nuestra atención es la incapacidad de la Tesorería Nacional de costear un proyecto como el que enfrenta Argentina. Como hemos mencionado en repetidas instancias, se estima que la infraestructura de transporte de gas necesaria para Vaca Muerta requiere una inyección de capital equivalente a 2.000 millones de dólares y si bien los fondos disponibles en el Tesoro Nacional no son estables y varían

⁴⁹ como por ejemplo la construcción de rutas y caminos durante el mando de Uriburu (1930) (Anibal Jáuregui, "Obras públicas y eficiencia burocrática (1932-1943)", 83), las mejoras a los ferrocarriles Belgrano Norte y la construcción de autopistas y mantenimiento de rutas nacionales (Francisco Llorens, "Obra pública: cuales serán los proyectos más costosos del presupuesto 2019", *El Cronista*).

regularmente es acertado suponer que, en las actuales condiciones, no existe partida presupuestaria estatal para soportar un proyecto de semejante magnitud. Si bien no conocemos con exactitud los recursos con los que cuenta el Tesoro Nacional, es posible, haciendo una inferencia coyuntural, comprender que un país que vacila entre una estabilidad muy endeble y el default de su deuda pública no está en condiciones de hacer un desembolso de 2.000 millones de dólares. Esta primera complicación no funciona como una simple desventaja sino más bien como una restricción para el progreso del proyecto en su totalidad en concordancia con el artículo 7 de la LOP. La partida presupuestaria debe existir, de acuerdo al art. 7, *a priori* del llamado licitatorio. “El Art. 7º de la LOP sienta un principio general prohibitivo que impide al Estado licitar obras sin contar con el crédito legal pertinente”⁵⁰. Si el proyecto no puede ser financiado por el Tesoro Nacional argentino entonces no podríamos identificar a la obra con un contrato de obra pública bajo ningún supuesto. Podríamos fantasear con un Argentina en la que proyectos del estilo sean costeados en el marco de la LOP pero encontramos que es una realidad ajena a la nuestra y no podrá ser lograda en el futuro cercano.

En un escenario hipotético en el que existiera la partida presupuestaria estatal, una de las falencias de la LOP es que el Estado, en su rol planificador y comitente, no identificara claramente las necesidades del mercado hidrocarburífero y que ejecutara una obra que no se adecua a los requerimientos particulares de Vaca Muerta y su mercado. El comitente será quien encabece las voluntades, intereses e inclinaciones de los demás *stakeholders* del mercado de gas natural – las provincias, los entes privados y los usuarios -. Podría suceder que no observen los requerimientos del mercado y el Estado, en su capacidad todopoderosa, que lleve a cabo una obra que sea un simple derroche de dinero o una inversión equivocada. El Estado al utilizar la normativa de la LOP concentra todos los riesgos y todos los poderes atinentes a la infraestructura pública considerada. Es frecuente ver este tipo de decisiones en el marco de La Ley de Obra Pública, con obras de costos menores, ya que La Administración utiliza los recursos para avanzar su agenda política o intentar captar votos y ampliar su base electoral. Recursos utilizados en hacer política son recursos mal alocados. En este sentido observamos que la necesidad de planificación que es uno de los pilares fundamentales de las infraestructuras públicas, cae por tierra. La ineficaz contemplación de los requerimientos de “los de abajo” - siguiendo el análisis de Aguilar Valdés - implicaría un desarrollo dominado por su ineptitud. Podría subsanarse fácilmente este riesgo si antes de comenzar el desarrollo de la infraestructura el Estado incluyera las

⁵⁰ Ricardo T. Druetta y Ana Patricia Guglielminetti, “El contrato de obra pública”, 26

opiniones de otros jugadores del mercado en la planificación a través de un proceso colaborativo. Si bien, sería el comitente quien tendría la última palabra, al contar con más información sobre las necesidades del mercado, podría tomar una decisión instruida. Exploraremos un claro ejemplo de este tipo de acción colaborativa al estudiar las ventajas de La Oferta Irrevocable de Transporte Firme de Gas Natural.

Dos de las premisas necesarias para el correcto funcionamiento de la infraestructura pública ya encuentran problemas y obstáculos que superar: (i) que el Estado identificará cuál es la obra deseable y programará los esfuerzos necesarios y (ii) que el Estado volcará los bienes a su alcance para el desarrollo. Una tercera desventaja, continuando en el supuesto hipotético de que existe presupuesto estatal para costear la obra, podría resumirse como la centralización de los riesgos en cabeza del Estado. Será el máximo organismo público quien condense los riesgos en lo que respecta al financiamiento, la ejecución –si bien el contratista que ejecutará la obra se somete a soportar ciertos riesgos pactados en el contrato que los vincula, normalmente intenta trasladárselos al Estado –, la explotación, la operación de la infraestructura y el riesgo comercial ocasionado por no recuperar lo invertido en la infraestructura que deberá soportar el desarrollo de las reservas de gas natural de Vaca Muerta.

Respecto de cuestiones temporales, la ejecución a cargo del contratista demostrará sufrir de las desventajas que cualquier contratación con el Estado origina, la lentitud burocrática. En efecto, la ejecución de la obra será poco eficiente, dificultosa y simplemente lenta. Las contrataciones de privado a privado, sea cual sea el área comercial, demuestran ser veloces ya que hasta no lograr la finalización de la obra, el comitente no podrá comenzar su utilización y explotación y el contratista no podrá obtener el pago correspondiente. El objetivo en la realización de la obra es idéntico cuando el comitente es un ente público, el problema se encuentra en los incansables permisos, certificaciones y aprobaciones sujetas a una estructura piramidal que acarrearán las contrataciones con el Estado. Consecuentemente, la percepción del modelo de obra pública como opción viable para lograr monetizar Vaca Muerta es negativa ya que implicaría esperar largos periodos en la ejecución de la infraestructura. Desaparecería la posibilidad de satisfacer el interés común prontamente ya que no lograríamos, al menos en el corto o mediano plazo, una oferta nacional de gas natural que implicara menores precios, ni tampoco percibiríamos inyecciones de divisas extranjeras en nuestra economía como resultado de la exportación de las reservas.

b. Ventajas

La opción de la LOP es una gran alternativa para el desarrollo de infraestructura pública, pero, para que sea virtuosa, requiere obligadamente de presupuesto estatal como ya hemos dejado asentado en reiteradas ocasiones. Tendría sentido hablar de los beneficios que puede ofrecer dicho marco en un panorama con cuentas fiscales sanas y lógicas. Uno de los grandes beneficios que proporciona la alternativa de la obra pública, es que nos encontramos frente a una obra con una alta complejidad de desarrollo y condiciones técnicas necesarias que encuentra un sector privado reticente a llevarla a término. En otras palabras, una obra como la que requiere Vaca Muerta para evacuar sus reservas no sería asumida por el sector privado en condiciones normales. Esta vacante es apropiada por el Estado que se encontraría en mejores condiciones de abarcar una obra de semejante complejidad. A su vez, siendo esta una obra esencial para el desarrollo del país, el Estado no encontraría alternativa y debería encabezarla ante la negativa del sector privado. En consecuencia, encontramos que una gran ventaja del contrato de obra pública es que logra llevar a término obras de gran complejidad pero de requerimiento esencial para el país.

En segundo lugar, identificamos al comitente Estado como aquel que encabeza las voluntades de los *stakeholders* del mercado de gas natural – las provincias, los privados, el usuario – por lo que podríamos rápidamente intuir que, al concentrar en un organismo los intereses, voluntades e inclinaciones, el proceso será más eficiente y acertado. Si bien hemos mencionado esta misma característica como una desventaja, es posible observarla como un beneficio también. Partiendo de la premisa de que el Estado dedicará el tiempo suficiente para analizar los deseos de los demás actores para lograr en definitiva una obra atinente a una satisfacción generalizada. Nuevamente se evidencia la trascendencia de la planificación en la construcción de infraestructura pública. Podría opinarse al respecto que la creencia de que el Estado estará mejor equipado para acaudillar los intereses de las demás partes es una percepción demasiado estatista, sin embargo no es el propósito del trabajo estudiar el caso de Vaca Muerta imprimiendo en el estudio una visión política o ideológica, simplemente lo presentamos como una posible alternativa.

Respecto de cuestiones temporales, podemos observar el contrato de obra pública como una contratación ágil y veloz, si fuéramos a compararlos con los otros modelos observaríamos que el proceso previo – el estudio de las necesidades, la planificación y la licitación para seleccionar el

contratista que ejecutará la obra - demuestra ser más sucinto en el caso de la LOP. Como hemos mencionado previamente, el comitente condensa todo el poder de decisión con respecto a la obra por lo que decidirá por sí solo, un sujeto centralizado o descentralizado pero en definitiva un sujeto solo. La velocidad de la que gozará esta primera etapa del proceso habilita la posibilidad de que el interés común que pretende satisfacer la obra, la capacidad de transporte y el abastecimiento de gas natural para toda la población argentina e inyección de divisas extranjeras en la economía argentina, sea iniciado lo antes posible.

VI. OFERTA IRREVOCABLE DE TRANSPORTE FIRME DE GAS NATURAL

La Oferta Irrevocable de Transporte Firme de Gas Natural para Vaca Muerta es una propuesta que surge en el año 2019 y tiene por finalidad evacuar la producción proveniente de las reservas de Vaca Muerta a través de la construcción de un nuevo gasoducto, la Transportadora de Gas del Centro⁵¹. La Oferta pretende lograr el desarrollo de la infraestructura de transporte a través de una licitación pública - nacional e internacional - que otorgará al adjudicatario de la Oferta la capacidad de explotación comercial del mismo gasoducto por un período determinado. A modo de contraprestación, el adjudicatario se obliga al desarrollo, construcción y ejecución de la TGC.

Podemos encuadrar, de modo genérico, a este tipo de transacción dentro del modelo de concesión de obra pública. Es menester reflexionar sobre las implicancias de un contrato que se catalogue bajo este esquema para lograr un entendimiento pulido de la Oferta; *ergo* intentaremos hacer primero un análisis global de las concesiones de obras públicas para luego concentrarnos detalladamente en la Oferta.

A. Concesiones de obra pública

⁵¹ "Lanzan el gasoducto Transportadora de Gas del Centro", *Agencia Nuevas Palabras*.

A *priori* consideramos relevante hacer mención de que este tipo de contratos, en su generalidad, caen dentro del marco jurídico de la Ley 17.520 y sus modificaciones, los principios rectores de la LOP y la jurisprudencia.

La concesión de obra pública es una de las formas que tiene el Estado de lograr llevar a término desarrollos de infraestructura para la utilización de sus ciudadanos. Si bien encontramos que, a grandes rasgos, el contrato de concesión de obras⁵² es muy similar al contrato de obra pública expuesto en el apartado anterior, puntualizaremos diferencias que tienen gran relevancia. En su versión más básica, en la concesión de obra pública el Estado encarga a un privado *“la construcción, la mejora o el mantenimiento de una obra pública, debiendo”* luego el organismo privado *“recuperar parcial o totalmente la inversión mediante la explotación del activo, a través del cobro de una tarifa a los usuarios de ésta”*⁵³. El articulado de la Ley 17.520 establece que los contratos de concesión podrán ser tanto onerosos como gratuitos implicando que el concesionario deberá pagarle o no al Estado un canon concesionario. A su vez resalta que los procedimientos usuales para el compromiso de entes privados en estos términos son las licitaciones públicas o la simple contratación directa.

Existen dos elementos que separan definitivamente a los contratos de concesión de obra de los históricos contratos de obra pública: (i) el proceder de la financiación de los proyectos y (ii) el modo de repago al sujeto contratista. La financiación en las concesiones de obra pública proviene del sujeto privado y de los propios métodos que él mismo logre emplear para conseguir el dinero necesario para el costo de la obra. Si bien en muchos casos estos fondos no surgen exclusivamente del bolsillo del privado concesionario, será él quien deba someterse a financiaciones externas y deudas contraídas en ese marco, será él quien deba negociar dichos préstamos y las condiciones bajo las cuales terceros ajenos al contrato desembolsan el dinero y será él quien deba someterse a obligaciones adicionales para lograr la liquidez requerida. En resumidas cuentas, el concesionario estará obligado a financiar, con fondos privados, total o

⁵² anteriormente llamado “contrato de concesión de obra pública”

⁵³ Carlos Beltrán y Martín Dutto, “Contratación de obra versus Concesión de obra pública. Un análisis de los esquemas de incentivos”.

parcialmente el desarrollo⁵⁴. Asimismo, y en lo que se refiere a la segunda diferencia relevante, en los contratos de obra pública el contratista recupera su capital desembolsado a través del pago hecho por el comitente en favor del contratista. En caso contrario, la concesión de obra presenta un esquema de repago diferido en el tiempo y encuentra razón de ser en que el concesionario tiene como obligación la construcción de la infraestructura comprometida y a su favor se otorga el derecho de explotar comercialmente dicha infraestructura por un período de tiempo determinado. A través de este mecanismo se le permite al ente privado reponerse del dinero utilizado. El ejecutor de la obra condensará todo los riesgos en su persona y se encontrará en un rol que lo obliga a asumir el riesgo implícito de lograr cobrarle los precios a los terceros usuarios que disponen de la obra. Por añadidura, la tarifa que abonarán los futuros usuarios deberá estar explicitada en el contrato de concesión, pero no implica una cifra inamovible. La tarifa podrá ser sometida a modificaciones siguiendo razones de conveniencia, oportunidad o necesidad⁵⁵. Por consiguiente, las relaciones jurídicas originadas en este tipo de contratos son multilaterales. Encontramos la primera entre concesionario y comitente y luego, ajena al contrato mismo, la relación entre el concesionario y el futuro usuario, vinculación que se registrará por los contratos de adhesión correspondientes a cada obra en particular.

La cuestión atinente a la temporalidad de las concesiones y el derecho de explotación en manos del concesionario dependerá en gran medida del tipo de obra que sea objeto del contrato. Una vez finalizado el tiempo que prevé el contrato de concesión, la obra retornará al poder y control del Estado. Es posible encontrar largos, medianos y cortos plazos dependiendo de la obra en cuestión. Obras de mayor complejidad y particularmente aquellas que impliquen inversiones más cuantiosas otorgarán tiempos de explotación mayores frente a obras de menor duración.

B. Oferta Irrevocable de Transporte Firme de Gas Natural

Cabe encasillar a La Oferta dentro de los márgenes de las concesiones de obras. Tal vez sea un ejemplo más bien sofisticado del modelo básico que describimos previamente pero, una

⁵⁴ Ricardo T. Druetta y Ana Patricia Guglielminetti, "El contrato de obra pública", 20

⁵⁵ Ricardo T. Druetta y Ana Patricia Guglielminetti, "El contrato de obra pública", 23

concesión en su naturaleza más rudimentaria. El decreto de necesidad y urgencia 465/2019 da origen a dicho contrato llamando a una licitación pública (en adelante entenderemos que al referirnos a la licitación pública en el marco de La Oferta, estaremos haciendo referencia a una convocatoria nacional e internacional) en la que se adjudicará una nueva licencia de transporte de gas natural, la licencia Transportadora de Gas del Centro, TGC. Esta licencia le permitiría al adjudicatario explotar comercialmente el gasoducto y su consecuente transporte pero, a su vez, tendrá la obligación de construir la infraestructura requerida, un gasoducto. Dicha infraestructura pública sería capaz de transportar, en un principio,⁵⁶ hasta 15 millones de m³/día⁵⁷. Es posible afirmar que el objeto de La Oferta engloba las actividades mencionadas previamente: el diseño, la construcción y la explotación del gasoducto TGC el cual comenzará en la localidad de Tratayén, provincia de Neuquén y terminará en la localidad de Salliqueló, provincia de Buenos Aires igualando un total de 570kms en una primera etapa⁵⁸

El proceso será simple, el decreto llama a que se tomen las medidas necesarias para convocar una licitación pública observando el Pliego de Bases y Condiciones, una licencia, La Oferta, entre otros documentos otorgados por el ente adjudicador, documentos que serán puestos a disposición de quien desee obtener acceso y participar de la convocatoria. Los entes interesados en ser considerados para el desarrollo de TGC ofrecerán las propuestas con observancia de sus posibilidades y limitaciones. El ente regulador se decidirá por una de las propuestas siguiendo estándares de economía y racionalidad. Una vez elegida se lo nombrará adjudicatario y firmará la documentación pertinente que le otorga el carácter de parte. Tal vez el documento de mayor relevancia en esta instancia es la Licencia, que se encuentra como el Anexo IV en la Resolución 437/2019 de la Secretaria de Energía⁵⁹. Firmada la licencia, el adjudicatario tendrá la potestad para operar el nuevo gasoducto. Ahora bien, el ente adjudicado podrá operar la nueva infraestructura pero de nada servirá si no encuentra demanda a quien transportársela y subsecuentemente vendérsela. En este contexto se inserta La Oferta, contrato bajo el cual CAMMESA se obliga a comprarle un porcentaje del gas natural transportado por TGC. Tanto La

⁵⁶ sujeto a recibir ampliaciones y transportar hasta 40 millones de m³/día

⁵⁷ "Lanzan el gasoducto Transportadora de Gas del Centro", *Agencia Nuevas Palabras*.

⁵⁸ una segunda etapa implicaría el desarrollo de otro gasoducto que cubrirá una distancia de 440kms y uniría Vaca Muerta con San Nicolás. Este gasoducto se encontraría comprendido asimismo dentro de la red de TGC.

⁵⁹ Resolución que reglamenta lo impuesto por el Decreto 465/2019.

Oferta como la Licencia operan, según el decreto 465/2019, dentro del espectro legal de la ley 24.076 que regula el transporte y la distribución misma de gas natural. En este sentido el decreto entendió relevante apartar los contratos vinculantes de la normativa habitual para este tipo de concesiones – la ley 17.319 – resaltando que lo que debía otorgarse al adjudicatario y concesionario es una licencia para el transporte de gas natural – previsto por la ley 24.067 – y no un derecho al concesionaria para la explotación de un área y el posterior transporte de sus reservas⁶⁰.

El cuadro parece ser claro y preciso; la empresa que resulte victoriosa en la licitación pública se obliga en el marco de la Licencia y garantiza la venta de un porcentaje de la reserva transportada a través de La Oferta, documento en el cual CAMMESA se posiciona como una de las compradoras. Como hemos mencionado previamente, focalizaremos nuestros esfuerzos analíticos únicamente en La Oferta.

Resulta imperioso mencionar quiénes serán parte de La Oferta. Por un lado, y como ya ha sido mencionado previamente, encontramos al adjudicatario, sujeto del cual desconocemos la identidad dado que será el ganador de la convocatoria pública. A su vez, el adjudicatario concentraría la mayor cantidad de obligaciones y derechos erogados de La Oferta, pero arriesgo de sonar reiterativos, será el adjudicatario quien se obligue bajo el contrato para diseñar y construir el gasoducto para finalmente operarlo y cosechar los frutos de su explotación comercial. La operación del gasoducto significa, en resumidas cuentas, lograr una infraestructura capaz de recibir las inyecciones pronosticadas de los yacimientos para transportarlo hasta los centros de demanda – centros que pueden ser refinерías, plantas de licuefacción, entre otros ejemplos -. Como contraparte encontramos a la Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico S.A (en adelante “CAMMESA”) quien se obliga asimismo bajo La Oferta. Si bien CAMMESA funcionaba exclusivamente como un ente regulador y administrador de energía eléctrica, en un esfuerzo por reducir los precios que soportan los consumidores de gas natural, se la habilitó como

⁶⁰ El Decreto 465/2019 establece “Que el desarrollo de esa infraestructura, para alcanzar los principales centros consumidores, no puede realizarse bajo el régimen del artículo 28 de la Ley N° 17.319 que establece el derecho de un concesionario de explotación para transportar sus propios hidrocarburos, sino que debe hacerse bajo el régimen de la Ley N° 24.076 que regula el transporte y la distribución de gas natural que constituye un servicio público nacional. Que, en tal sentido, procede otorgar, conforme a las previsiones del artículo 4° de la Ley N° 24.076, una licencia para la prestación del servicio de transporte de gas, configurándose, de este modo, un tercer sistema de transporte.”

intermediaria entre los transportadores de gas natural existentes y las centrales de distribución, rol que antes se encontraba vacante y permitía la regulación de los precios de acuerdo a las fluctuaciones de la oferta y la demanda⁶¹. CAMMESA bajo este contrato se obliga a comprarle de manera firme la capacidad de transporte a la adjudicataria. La inclusión de la palabra “firme” en el título de La Oferta no es casual ya que, a diferencia de una posible oferta para el transporte interrumpido de gas natural, ésta implica que CAMMESA necesariamente deberá retribuirle y recibir hasta la capacidad transportada contratada bajo dicha modalidad, sin importar sus necesidades y el consumo que satisface. Consecuentemente CAMMESA cumplirá un rol similar al de un comprador regular del gas natural transportado por la concesionaria en la proporción convenida.

Proseguimos en el análisis de La Oferta en lo que respecta a sus elementos mas básicos, en este caso, el plazo por el que regirá esta concesión. Encontramos unas primeras erogaciones de plazos en los considerandos del decreto 465/2019, estableciendo el sostenimiento de un Régimen Especial Temporario (en adelante “RET”) por un tiempo definido de 17 años. Posteriormente, el decreto establece que la Licencia de TGC será otorgada al adjudicatario por 35 años, prorrogable por 10 años más, en concordancia con lo dispuesto por la ley 24.067. Finalmente, apartándonos de la normativa aplicable, La Oferta presenta en el Artículo IV, que la vigencia será meramente de 1 año y se renovará de forma automática todos los años, salvo en el caso de que las partes dejen explicitado que no querrán renovarlo al finalizar el plazo en vigor. La normativa y documentación aplicable establece diversos plazos y con cuantiosas diferencias. Si bien cada plazo parece ser aplicable para un aspecto en particular del proyecto en su totalidad, cabe preguntarnos ¿por qué la falta de afán en uniformarlos? ¿podemos concebir las diferencias como inconsistencias o existe una motivación? Reservaremos las respuestas a estas preguntas para los apartados posteriores.

Bajo el esquema de La Oferta, el adjudicatario, concesionario, transportista se obligaba frente a CAMMESA para brindarle una cantidad firme de transporte de gas natural diario. La pregunta que corresponde formular es ¿qué porcentaje de la capacidad de transporte total del nuevo gasoducto representa lo pactado entre las partes? Sin duda una preocupación para muchos, en especial una preocupación para el concesionario, que si bien se garantiza una parte su capacidad total de transporte, no sabría, en principio, donde colocar lo restante. El Apéndice B y C de La

⁶¹ Resolución 2022/2005 y la 95/2013, Secretaría de Energía.

Oferta establece que CAMMESA se compromete a la compra de 10 millones de m³/día a un poder calorífico de 9.300 kcal/m³⁶². Al respecto hemos dicho que en las etapas tempranas de la obra el TGC tendría una capacidad de transporte de 15 millones de m³/día; en estos momentos iniciales el adjudicatario debería colocar en el mercado 5 millones de m³/día restantes. También hemos mencionado que las posibilidades de incremento en el caudal de transporte podrían llegar rápidamente a los 40 millones de m³/día⁶³ restando 30 millones de m³/día sin compromiso de contratación de transporte firme. Por consiguiente, La Oferta representa un valor de tan solo 25% de la capacidad de transporte total consignada en la licitación pública. Cabe formular una nueva pregunta: ¿qué sucederá con la restante capacidad de transporte? y ¿cómo impacta La Oferta en los futuros contratos del transportista?⁶⁴. El precio bajo al que se obliga CAMMESA surgirá de la licitación, información que aun no se encuentra disponible. En gran medida, se adjudicará la obra en base a los precios que presenten los participantes en el proceso. En este sentido es importante tener en consideración que los precios ofrecidos serán el resultado, entre otras variables, de las condiciones de financiamiento obtenidas – en otras palabras, la bancabilidad del proyecto - y serán singularmente el modo de repago de la inversión del transportista concesionario.

Otro punto a ser tomado en consideración son las condiciones de terminación e incumplimiento de La Oferta en los Artículos VI y VII de la misma. Parecen ser más bien un listado escueto de cuestiones vinculadas a incumplimientos. Una primera aproximación a La Oferta demuestra que no existe lista taxativa de razones que darían lugar a la terminación anticipada del contrato que vincula a CAMMESA y al transportista, ni tampoco a posteriores reclamos por incumplimiento. El articulado mencionado otorga una única razón explícita para la interpelación por incumplimientos que es el incumplimiento de la fecha de inicio o de la cantidad máxima diaria y conforme sus consecuencias. El Artículo subsiguiente establece pautas que guiarán los actuare de las partes en casos de terminación anticipada del contrato y al utilizar únicamente dos incisos permite dar una respuesta inicial y sucinta. Podría haberse utilizado

⁶² Métrica del valor calórico del gas inyectado.

⁶³ ampliación prevista para la Fase 1 del proyecto.

⁶⁴ Con el objetivo de mantener la uniformidad y el orden guardaremos las respuestas a estas preguntas para el próximo capítulo.

supletoriamente lo estipulado en los demás documentos aplicables al proyecto, pero no se hace empleo de una cláusula del estilo.

C. Ventajas y Desventajas

a. Ventajas

Existe una voluntad planificadora del Estado - en concordancia con los principios rectores de las infraestructuras públicas presentados con anterioridad – ya que mediante la Resolución N° 82 de la Secretaria de Gobierno de Energía se llamó a una manifestación de interés pública en la cual los interesados, tanto entes públicos como privados, indicaron qué modelo de contrato incentivaría su participación en el proceso. La utilización de esta herramienta por parte del Estado demuestra interés en planificar las infraestructuras públicas de acuerdo a las necesidades y exigencias de los de “abajo”, entendiendo que la planificación se hace desde “abajo para arriba”. Este tipo de enfoques garantiza que se optará por la alternativa de mayor eficiencia que logrará una mayor participación de los restantes jugadores del mercado. Asimismo, la inclusión de más voces ratifica la transparencia del proceso y aumenta el interés en el desarrollo. Al aumentar la atención en el proyecto, el Estado logra atraer a un mayor cantidad de posibles desarrolladores que podría verse reflejado en más opciones y seguramente, mejores precios ya que aquellos que se presentan bajarán sus precios para incrementar su capacidad competitiva en el proceso.

Poniendo el foco en la cualidad “Firme” de La Oferta Irrevocable de Transporte Firme de Gas Natural podemos identificar una gran ventaja en la utilización del modelo propuesto. La inclusión de la palabra “firme” en el título del contrato vinculante no es casual, sino que obliga a CAMMESA a comprarle la capacidad pactada en el contrato sin importar su demanda o la falta de ella. El concesionario a través de este mecanismo se garantiza un repago constante del monto invertido ya que CAMMESA, su contraparte, no podrá rehusarse a recibir, y subsecuentemente pagarle lo convenido, esgrimiendo el argumento de que no encuentra demanda para las cantidades debidas. En caso de que este último supuesto se tornara realidad, el riesgo y la responsabilidad de solucionarlo recaerá exclusivamente en CAMMESA, debiendo desembolsar el dinero y soportar los costos que implique.

Es posible afirmar que el sector privado cuenta con menores costos⁶⁵, ergo menores precios que el sector público dadas sus mejores y mayores cualidades competitivas y de eficiencia en el mercado. En el ámbito hidrocarburífero dicha afirmación no pierde veracidad. El sentido común nos indica que tal vez el sector público no cuenta con la maquinaria y el *know how* específico para el desarrollo del gasoducto que propone La Oferta. En consecuencia, implicaría un menor costo incurrir en el modelo de concesión frente a la alternativa de que el sector público adquiriera el conocimiento y los elementos físicos para el desarrollo de la obra en particular. A su vez, los entes privados, en algunos casos, pueden soportar presentarse a la licitación con precios menores a los que le implicaría una ganancia, para lograr la adjudicación del proyecto. Este último supuesto permite que, en general, hallemos precios menores en las licitaciones gracias a la cualidad competitiva del mercado a la que se somete el sector privado. El caso de Vaca Muerta en particular, como ya ha sido expuesto, es un desarrollo capital intensivo – cualidad que reviste el área energética en general – por lo que se requiere de un desembolso inicial de dinero muy elevado indicando que el costo para el Estado sería demasiado alto en comparación con el costo que implicaría una concesión. En consecuencia, un gran beneficio de la utilización del modelo de La Oferta, y en observancia de sus similitudes con la concesión de obra, es que el desarrollo del gasoducto y la operación bajo licencia de TGC se resolverá con un menor precio que si el Estado intentara llevar a cabo la misma infraestructura. Podríamos especular con que si fuera el Estado el encargado del desarrollo del gasoducto de 500 km, la inversión sería mucho más cuantiosa que 2.000 millones de dólares. En tal sentido, se encontrará explicitado el menor costo en los precios que ofrezcan los participantes en la licitación del gasoducto, pero, por otra parte, debe precisarse que tal menor costo solo se hará realidad si las condiciones jurídicas son aceptables, tal como se precisa en el punto siguiente.

En estas líneas, el inciso 4 del Artículo I de La Oferta estipula un tratamiento igualitario – en concordancia con la Ley 24.076 – entre CAMMESA y “*los futuros eventuales cargadores, garantizando en todo momento la igualdad de tarifas y condiciones*”. Como fue y será indicado, mediante La Oferta, CAMMESA se obliga a tomar un 25% - en la Fase I - de la capacidad de transporte puesta a disposición por TGC. La funcionalidad de este inciso es vincular y dejar ensamblado para la posteridad el contrato de CAMMESA con los de los futuros contratantes del

⁶⁵ Carlos Beltrán y Martín Dutto. “La concesión de obra pública. Una perspectiva económica”, 65.

restante 75%. Esto garantizaría igualdad - no discriminación en los términos de la Ley de Transporte y Distribución de Gas Natural, Ley 24.076 - en los precios de todos los interesados en utilizar TGC para el transporte de sus reservas y generaría condiciones equitativas en el mercado. La capacidad vinculante de este inciso funciona asimismo para garantizarle un horizonte de ingresos ciertos y claros a quien desarrolle la obra; el inversor tendrá la certeza de que el ingreso que percibirá del restante 75% sería idéntico al estipulado en La Oferta. Esta afirmación será verídica y beneficiosa, siempre y cuando el precio adjudicado en La Oferta sea uno competitivo, que no pretenda alienar a futuros eventuales cargadores de la posibilidad de utilizar el nuevo gasoducto. Esta lógica se arraiga en la concepción de que el adjudicatario de la licencia no tendrá problemas para colocar la capacidad restante del gasoducto. A su vez, puede ser interpretada como una ventaja que el restante 75% de la capacidad de transporte vaya a ser alocada a privados dado que la contratación con privados incrementaría la bancabilidad del proyecto siendo que los inversores mundialmente son más reacios a desembolsar dinero en pos de un proyecto que encuentre como contraparte al Estado.

En lo referente a la temporalidad y duración del proyecto, notamos un plazo para la ejecución eficaz y más breve en modelos como La Oferta - que responden en parte a la concesión de obra - que en modelos como los de LOP. Fundamentamos esta afirmación en un concepto muy simple y que hemos mencionado con anterioridad, la contratación entre privados es más eficiente que la contratación estatal ya que es posible evitar la burocracia pública. Si bien la concesión para la construcción del gasoducto Tratayén-Salliqueló es otorgada por el Estado, una vez firmados los contratos, licencias y documentaciones correspondientes, el Estado asume un segundo plano y la ejecución – como también la posterior operación – queda en manos del ente adjudicado quien opera bajo el espectro de las contrataciones del sector privado obviando el laborioso proceso estatal.

b. Desventajas

Si bien la idea troncal de La Oferta es un modelo positivo que podría funcionar en el contexto macro-económico argentino inclusive en el contexto actual de crisis, encontramos un sin fin de fallas que hacen que el contrato vinculante sea poco robusto y/o débil. A continuación haremos un análisis detallado de las falencias que presenta La Oferta que concluirá que los derechos y obligaciones que surgen del texto no generan suficiente bancabilidad del proyecto y, consecuentemente, no incentivan la participación en la licitación. La bancabilidad de un proyecto, en resumidas cuentas, es su capacidad de atraer posibles inversores y se identifica que un

proyecto con suficiente bancabilidad tendrá una asignación de riesgos adecuada, un soporte legal y contractual suficiente y una posibilidad real de éxito⁶⁶.

Identificamos a La Oferta como un contrato poco robusto porque existen vacíos en su desarrollo que implicarían problemas en futuras contrataciones. Previamente hemos presentado la cantidad de gas natural diarios que CAMMESA se obliga a recibir y pagar (10 millones de m³/día). Hemos analizado a su vez que esto representa tan solo un 25% de la capacidad prevista para la Fase 1 del gasoducto que tendrá una capacidad de transporte de 40 millones de m³/día. Asimismo hemos formulado una serie de interrogantes: ¿qué sucederá con la restante capacidad de transporte? y ¿cómo impacta La Oferta en los futuros contratos del transportista?. En un primer lugar cabe mencionar que la preocupación no recae, en gran medida, en la posibilidad de situar el gas natural – ya que como está claro, la demanda existe y es esta la razón de ser del nuevo gasoducto – sino más bien en la cualidad de La Oferta como contrato bisagra o *benchmark* para las futuras contrataciones que constituya el transportista para la restante reserva transportada, el restante 75%. Así reconocemos una primera falla en La Oferta, el riesgo comercial del contrato en el que cualquier modificación o rescisión del contrato con CAMMESA, ente público, podría significar la modificación en las condiciones, o la terminación misma, de los demás contratos. En lo que respecta al precio con el que contratarán los futuros compradores del gas natural, La Oferta mitiga cualquier posible conflicto introduciendo brevemente una prohibición de discriminación en lo que se refiere a las condiciones y los precios para los futuros cargadores en su Artículo I, inciso 4. Tal vez la indicación más explícita del problema es esta prohibición discriminatoria ya que los futuros cargadores encuentran una sujeción imposible de obviar en el contrato bisagra de CAMMESA. La utilización de este inciso elimina la posibilidad de que los futuros contratantes compitan en términos de precios, no les permitirá ponerse por delante de su competidor elevando la oferta y generando condiciones de mercado competitivas que, en consecuencia, elevan el precio del consumidor final, como por ejemplo, el usuario que utiliza la calefacción. Si bien en términos de precios podría observarse como un beneficio, una perspectiva global del tema en cuestión nos representaría un problema ya que al sujetar los contratos del resto de la reserva al contrato de CAMMESA se impactaría en la bancabilidad del proyecto que caería más aun. Disminuye la bancabilidad dadas las potestades extraordinarias de entes gubernamentales otorgadas en el marco del derecho administrativo que permitirían rescisiones y modificaciones unilaterales del contrato vinculante y, dado lo explicado, desplazarían a los demás

⁶⁶ "Bankability", *The EPEC PPP Guide*

contratos. Casualmente la volatilidad de contratar con el Estado migraría a todos los demás contratos. Es entendible que el sujeto adjudicado no quiera participar de contratos que lo posicionan por debajo de su contraparte y en caso de querer someterse a este régimen, ya que no es un proyecto con bancabilidad, los precios reflejarían el alto riesgo al que se somete.

Otro riesgo que presentan modelos como La Oferta, concesiones de obra o mecanismos similares, es que si bien en la mayoría de los casos el sector privado ofrece menores costos, este no es siempre el caso. Podría bien suceder que dado el nivel de *expertise* y *know how* que requiere el proyecto, los privados capacitados para la tarea conformen una lista acotada. En tal caso, el Estado debería supeditarse a dicha empresa y al ser escueta la oferta de licitantes quien fuera adjudicado tendría más poder sobre su contraparte estatal. Podría expresarse este “abuso” en precios más elevados o condiciones poco beneficiosas⁶⁷. La construcción del gasoducto no parecería ser una labor que requiera de tanto conocimiento y deberían existir amplias cantidades de empresas con conocimientos suficientes para abordarla, sin embargo la posterior operación y mantenimiento de la licencia de TGC parece ser una tarea un tanto compleja que podría dar pie al escenario presentado previamente.

En lo referente a la temporalidad y la duración del proyecto notamos que si bien la ejecución de la obra probaría ser breve, no es así con el proceso previo ya que contará con la participación de varios actores. La licitación para proyectos tales como el que nos compete sería más extensa dado que no solo se estaría adjudicando la construcción de una obra sino que también se adjudicaría la operación y la licencia de la TGC por lo que se requeriría de auditorías profundas de la empresa seleccionada y análisis de idoneidad para un trabajo indispensable pero a su vez de cierta complejidad.

Hemos mencionado la relevancia de que el proyecto logre cumplir con estándares mínimos de bancabilidad para que sea costado por inversiones ajenas al proceso licitatorio. En este sentido, La Oferta falla al siquiera mencionar los derechos de los acreedores del transportista. Es usual que para inversiones tan significativas, como la que requiere la construcción del nuevo

⁶⁷ Carlos Beltrán y Martín Dutto. “La concesión de obra pública. Una perspectiva económica”, 65.

gasoducto, se busque un financiamiento sustentado por varios entes privados. Todas las inversiones se hacen a favor del adjudicatario de la licitación quien, en un proceso ajeno a La Oferta, dirime las pautas y condiciones junto con sus inversionistas. En otras palabras, es un solo sujeto quien gozará de la licencia de TGC y se vinculará con CAMMESA bajo el espectro de La Oferta. Sin embargo, es este mismo sujeto quien se obliga con inversionistas que le proporcionan los fondos necesarios para la ejecución de la obra y usualmente el licenciatario de TGC repagará dichas inversiones con el dinero que recibe de CAMMESA por La Oferta. No obstante el contrato parece desconocer la existencia de dichos sujetos que identificamos como acreedores del licenciatario y no garantiza ningún derecho en su favor. Consecuentemente, la bancabilidad del gasoducto cae. La falta de garantías otorgada a favor de los acreedores incrementa el riesgo para los inversionistas *ergo* la capacidad del licenciatario para conseguir la financiación del proyecto se dificulta y los precios presentados en la licitación no serán tan competitivos y beneficiosos para Argentina. En su artículo VIII La Oferta presenta las posibilidades de cesión de la posición contractual que ejemplifica perfectamente la inobservancia de las garantías de los acreedores del transportista. Se otorga el derecho a ceder su posición contractual únicamente a CAMMESA y no se prevé nada en tanto el derecho de la licenciataria. Dispone la posibilidad del transportador de ceder “total o parcialmente los derechos emergentes del Servicio de Transporte Firme (TF) a el/los Agente/s Generador/es del Mercado Eléctrico Mayorista que considere, notificando por escrito de esta decisión al Transportista, y a las Autoridades”. Sin embargo, si bien estipula la necesidad de notificar a los sujetos allí nombrados, nada menciona sobre la necesidad de notificar a los propios acreedores/inversionistas del transportista, *stakeholders* indiscutidos del gasoducto. La falta de inclusión de una obligación de autorización *ex ante* podría generar complicaciones en las relaciones internas del transportador, sus acreedores y CAMMESA e implicaría, como ya hemos mencionado, inversiones de mayor riesgo y menor bancabilidad.

El artículo VII de la Oferta Irrevocable de Transporte Firme de Gas Natural de Vaca Muerta es un fallido intento de una lista de causales de rescisión ya que menciona fugazmente la terminación del contrato por incumplimiento como hemos mencionado con anterioridad. Breves reseñas son hechas en este respecto y esta es otra de las grandes fallas del marco contractual en cuestión. No existe ningún listado, taxativo ni meramente enumerativo, de las causales que habilitarían la rescisión unilateral del contrato. A su vez, tampoco se hace referencia a ninguna documentación que pueda completar supletoriamente La Oferta en esta materia. Es imposible concertar en que casos se habilitaría a las partes a rescindir y en que partes debería multárselas por incumplir el contrato o suspenderlo. Esto habilitaría al gobierno de turno a actuar arbitrariamente en pos de caprichos políticos o manejos estratégicos para lograr avanzar su agenda política. Reiterando el concepto de que La Oferta funciona como contrato *benchmark* para las futuras contrataciones de la capacidad de transporte remanente de TGC, la falta de

causales de rescisión desmejora el panorama aun más, una rescisión unilateral podría significar la terminación de los contratos de capacidad de transporte por un 100% de la capacidad acaudalada por el gasoducto. Nuevamente esta vaguedad en los términos del listado de causales de rescisión impactan en la bancabilidad de los proyectos y aumenta el riesgo de inversión, generando precios mayores y menor caudal de inversiones. Tampoco se menciona la posible subsanación de algunas de las causales de rescisión por lo que cualquier incidencia en alguna de las causales implicaría una caída absoluta de La Oferta sin posibilidades de recuperarla y corregirla.

En línea con lo previamente comentado, encontramos una deficiencia nuevamente en lo que respecta a la resolución de controversias que puedan ocasionarse en el marco de La Oferta. La exclusión de una cláusula que establezca el modo y jurisdicción para la resolución de conflictos es tal vez una de las omisiones más severas. Es habitual que para este tipo de proyectos, proyectos que implican montos millonarios, se prevea que la solución de controversias se haga en sede arbitral ya que cualquier otra jurisdicción implicaría pagar una cuota de justicia altísima y a su vez, la sede Contencioso Administrativa – donde se solucionaría cualquier controversia de La Oferta - tiende a favorecer al Estado. Consecuentemente, no ayudaría a la bancabilidad del desarrollo del gasoducto y tornaría excesivamente onerosos dichos procesos. La falta de previsión en La Oferta en lo que respecta al método de resolución de conflictos importa un gran desafío para los inversionistas y posibles transportistas.

Queda claro, gracias al Artículo IX de La Oferta, que la ley aplicable a la relación jurídica entre el transportista y CAMMESA es toda interpretación que surja de las leyes argentinas. Si bien esto reduce el marco en el sentido del derecho internacional privado, no lo logra en tanto las normas internas argentinas. Existe entonces el problema de no saber si debería aplicarse el derecho público, el privado o una combinación de ambos. En este sentido, las condiciones de La Oferta dejan una laguna suficientemente libre y amplia de criterio que será rellena con interpretaciones de naturalezas muy diversas, generando así inseguridades para los inversores y, nuevamente, menor bancabilidad.

No es necesario efectuar un análisis minucioso para identificar cómo el amplio listado de desventajas socavan las ventajas enumeradas previamente. Como ha sido mencionado en el apartado anterior, el costo de contratar con privados suele ser más bajo, pero esta afirmación encuentra un condicionamiento: siempre y cuando las condiciones macro otorguen un esquema de bancabilidad suficiente. En este caso, y como queda claro por el desarrollo esbozado en este

capítulo, las desventajas pintan un panorama dotado de inestabilidad y consecuentemente, poca bancabilidad del proyecto. En este escenario, aquellos que se presentan a la licitación deberán someterse a un sinfín de riesgos que se verá reflejado en los precios con los que participen de la licitación. En otras palabras, la ventaja que pudimos observar previamente ya no sería realidad ya que los precios aumentarían debido a los altísimos riesgos soportados por el futuro adjudicado. La afirmación de que el sector privado cuenta con menores costos parece perder veracidad en el contexto de La Oferta. No obstante, existen ejemplos de marcos regulatorios suficientemente robustos que permiten obviar los costos incrementales consecuencia de proyectos muy riesgosos por lo que podemos aspirar a una Oferta que mejore las condiciones.

Un claro ejemplo es RenovAr, un programa formulado por el gobierno argentino para fomentar el desarrollo de las energías renovables en el país que gozaba de un marco contractual capaz de subsistir a las inseguridades jurídicas y políticas argentinas. Muchas de las críticas efectuadas a La Oferta encuentran solución directa en el tratamiento previsto para muchos de los riesgos más habituales de las obras de infraestructura en nuestro país que se le ha dado en los contratos del Programa RenovAr.

VII. MODELO AD HOC

A. Coyuntura Argentina

Argentina estaba recobrando fuerzas luego de una de las peores crisis económicas de su historia, comenzaba a encaminarse muy lentamente a fines del 2002 con el fin de la convertibilidad. La coyuntura en el año 2004 era ardua para el desenlace exitoso de proyectos de infraestructura pública. Si bien la situación no era tan grave como en los años anteriores, el contexto aun no era óptimo. Algunos índices demostraban un crecimiento económico⁶⁸ pero sin embargo no encontrábamos la necesaria estabilidad como para financiar proyectos de infraestructura de gas. Consecuentemente la posibilidad de financiar la infraestructura utilizando el modelo de la LOP no era una alternativa viable ya que el Tesoro Nacional no contaba con los fondos necesarios a tal fin. Subsecuentemente se presenta como una opción la concesión de

⁶⁸ Adolfo E. Buscaglia, "La Economía Argentina en Perspectiva: 2004-2007", 4.

obra, modelo que no agobiaría al Estado financieramente ya que se desvincularía de esta carga. No obstante, esta posibilidad no encontraría factibilidad en el panorama del 2004, las remuneraciones y tarifas internas al transporte y distribución de gas natural enfrentaban un congelamiento que comenzó en el año 2001⁶⁹ junto con la crisis y aun no se flexibilizaba. Así pues, los incentivos del sector privado para participar de una licitación que otorgaría la adjudicación del desarrollo de la infraestructura requerida, eran muy bajos y el riesgo muy alto. Al tener las tarifas congeladas por medidas gubernamentales, la recuperación de la inversión que acompañaría la posterior explotación de la concesión no encontraría directa relación con las condiciones del mercado. Aquel que fuera adjudicado encontraría un esquema que complicaría su capacidad de recuperar el dinero que fue desembolsado. En este sentido, todo indicaba que las inversiones en el sector de gas natural decaerían por debajo del promedio al congelarse las tarifas⁷⁰. La baja en inversiones descarta entonces la posibilidad de usar el modelo de concesión como un modelo realizable en el 2004.

Habiendo quedado descartados los dos modelos a los que el Estado argentino históricamente recurría para la construcción de infraestructura pública es que surge el modelo *ad hoc*, un modelo que abraza las limitaciones de la época y empuja para lograr la realización del proyecto sin importar la coyuntura que lo rodea. Una figura típica de la gestión del momento tildado por cláusulas complejas y un entramado difícil de comprender. Al respecto, el gobierno comienza por identificar claramente que *“deben atenderse situaciones en las cuales son necesarias ampliaciones o extensiones del sistema de transporte o distribución de gas natural para cubrir el crecimiento de la demanda”*⁷¹ y oferta incremental disponible en las cuencas productivas. El objetivo era claro, ampliar los gasoductos existentes. La obra se concentraría en la expansión y/o extensión del gasoducto General San Martín que transporta gas natural desde el sur de Argentina hasta la provincia de Buenos Aires y a su vez observa tramos operados tanto por TGS como por TGN. La normativa pertinente identifica el modelo impulsado como una alternativa de *“financiamiento extra bancario”, “ágil” y “transparente”*⁷². A continuación intentaremos delimitar

⁶⁹ Mauricio Cordiviola, *“Tarifas del Gas Natural: diagnóstico y alternativas de normalización”*, 9.

⁷⁰ Mauricio Cordiviola, *“Tarifas del Gas Natural: diagnóstico y alternativas de normalización”*, 10.

⁷¹ Decreto 180/2004.

⁷² Decreto 1882/2004 en sus Considerandos.

la entramada red de normativas y disposiciones organizadas en pos de garantizar el resultado propuesto.

B. El modelo *ad hoc*

Como primera medida de este modelo, se dictó el Decreto 180/2004 que creaba el Fondo Fiduciario para atender a Inversiones de Transporte y Distribución de gas (en adelante “Fideicomiso de Gas”) que buscaba reunir inversiones equivalentes a 240 millones de dolares⁷³. Como es sabido, un fideicomiso involucra tres partes: un fiduciante, un fiduciario y un beneficiario. El fiduciante comienza por transferir bienes propios, parte de su patrimonio a un fiduciario quien administrará dichos bienes que en conjunto forman el patrimonio del fideicomiso. El fiduciario podrá administrar los bienes del patrimonio fideicomitativo en beneficio propio o de un tercero llamado beneficiario que no tendrá injerencia sobre la administración, solo cosechará sus frutos. En resumidas cuentas, un fideicomiso es una enajenación de bienes o derechos por parte del fiduciante para cederlo a la administración de un fiduciario. El Decreto 180/2004 crea un Fondo Fiduciario, Fideicomiso de Gas, que tiene por objeto único y exclusivo la financiación de las obras de expansión y extensión de la red de gasoductos, tal como lo establece el art. 1 de la normativa.

Para lograr financiaciones eficientes y veloces, se optó por un esquema compuesto por dos etapas que harían uso del Fondo Fiduciario: la etapa 1 y la etapa 2. La urgencia de las ampliaciones requería de una primera etapa que privilegiara la construcción de las ampliaciones del gasoducto General San Martín para hacerle frente a la demanda incremental del invierno del 2005. Así pues, la etapa 1 se focaliza en la creación de un fideicomiso financiero – dentro del marco del Fideicomiso de Gas - privado que tiene por objeto la ejecución de las ampliaciones⁷⁴. En contraste, la etapa 2 tuvo por objeto el repago o devolución de la financiación aportada en la etapa 1 para la ampliación del gasoducto. El modelo fue sustentado por amplia normativa: el Decreto 180/2004 que da origen al Fondo Fiduciario que sostiene todo el esquema, los Decretos 1882/2004 y 1658/2004 que aprueban las cartas de intención que vinculan contractualmente las partes involucradas en el proceso, la Resolución 185/2004 que constituye un Programa Global

⁷³ “Oficializan detalles del fondo fiduciario que financiará la ampliación del Gasoducto San Martín”, *El Cronista*.

⁷⁴ tal como indican los títulos de “Definiciones” en las cartas de intención de los Decretos 1882/2004 y el 1658/2004.

para la emisión de Valores Representativos de Deuda y/o Certificados de Participación en Fideicomisos Financieros, entre otras normas. No obstante, surgen un sinnúmero de interrogantes ¿quién financiaría los proyectos? ¿qué obtendría a cambio? ¿qué función cumpliría el fideicomiso financiero? ¿qué característica reviste el fideicomiso en la etapa 1 a diferencia de la etapa 2? ¿cómo repagaría las inversiones un fideicomiso? Interrogantes que intentaremos responder tan ordenadamente como sea posible entendiendo que el esquema utilizado en el modelo *ad hoc* es por sobre todo entramado y engorroso.

Corresponde hacer una breve aclaración previo al comienzo del análisis en profundidad de las etapas para evitar confusiones en estadios posteriores. Si bien la obra implica la ampliación de tan solo un gasoducto, el gasoducto General San Martín, cae bajo jurisdicción tanto de TGS como de TGN. El gasoducto es operado por la licenciataria TGS en ciertos tramos y por TGN en otros tramos teniendo un trabajo en conjunto y no un único control sobre las redes de infraestructura nacionales. Así pues, existirán dos cartas de intención vinculantes – cada una con sus partes respectivas – dos Decretos que aprueben dichas Cartas, pero tan solo un esquema y un marco normativo que aplica para ambas ya que el fin último es lograr la ampliación del gasoducto como pauta general. Sin embargo consideramos relevante mencionar que para los capítulos que restan y para evitar desconcertar y confundir a los lectores, nos referiremos a los contratos, normativas y documentaciones de forma y aplicación general para el caso de ambas contrataciones, distinguiendo entre ambas licenciatarias cuando sea relevante e importe una diferencia significativa para el trabajo que nos compete.

a. Etapa 1

La primera etapa cobra virtualidad al haber sido aprobadas las cartas de intención por los Decretos 1882/2004 y el 1658/2004. Como hemos mencionado con anterioridad el objetivo de esta primera etapa es lograr la ejecución de la obra en sí misma y su subsecuente habilitación. Para lograr la ejecución era esencial obtener inversiones y desembolsos de dinero de gente ajena al Estado o TGS y TGN, quienes no eran capaces de sostener la obra por sí solos. Para solucionar esta problemática que se arraiga en la insolubilidad del Estado, el modelo *ad hoc* propone en su marco regulatorio un esquema en el que el fideicomiso privado – constituido dentro del marco del Fideicomiso de Gas - recepta inversiones de algunos *stakeholders* del mercado de gas natural y a cambio otorga suscripciones de valores fiduciarios llamados Valores

Representativos de Deuda clase A (en adelante “VRDA”) y Valores Representativos de Deuda clase B (en adelante “VRDB”)⁷⁵. Los desembolsos hechos por los inversores nutren el fideicomiso privado proveyéndole de suficiente liquidez para financiar la obra. La preocupación troncal en un primer momento fue lograr la integración de las inversiones de los diversos sujetos al fideicomiso privado del Fideicomiso de Gas. Estas sumas de dinero comprometidas al proyecto de ampliación son las que finalmente financian la obra. Como se identifica en las cartas de intención, las sumas de dinero contraparte de las VRDA y VRDB fueron destinadas a la ejecución de la obra y la cancelación de pagos que pudieran surgir en el desarrollo de la obra – costos, gastos, impuestos, etc. -. Un elemento curioso que fue introducido en las interrogantes propuestas en este capítulo y que distingue a la etapa 1 de la etapa 2 es el carácter privado del fideicomiso en esta primera instancia. Se lo llama fideicomiso privado ya que emite valores negociables a privados y no de carácter público como sucede en la etapa 2.

Para profundizar aun más en nuestro entendimiento del modelo *ad hoc* es necesario indagar en las partes que componen este marco regulatorio y las funcionalidades en las que se desenvuelven. Utilizaremos a las partes tradicionales del fideicomiso, que tienen una aplicación estrecha en el modelo, para guiar el análisis.

i. Fiduciante

Ambas cartas de intención – y sus Decretos ratificatorios correspondientes – identifican a TGS y TGN como los fiduciarios del modelo *ad hoc*. En este sentido la carta de intención del Decreto 1658/2004 establece que TGS “cederá y transferirá fiduciariamente al Fiduciario, sus derechos para llevar a cabo la Ampliación del Fideicomiso sobre su Sistema de Gasoductos Sur...conservando TGS el derecho exclusivo de prestar los Servicios STF⁷⁶”. Esta misma obligación se replica en TGN con sus correspondientes modificaciones zonales. En lo que atañe a qué engloba su “derecho para llevar a cabo la Ampliación” podríamos identificar por un lado la potestad de ejecutar físicamente la obra de extensión de los gasoductos que operan las

⁷⁵ La Resolución 185/2004 fija los principios centrales de los valores negociables emitidos en el marco del modelo *ad hoc*. Podemos asociar este tipo de valores negociables con certificaciones de participación en el fideicomiso privado.

⁷⁶ Los capítulos de “Definiciones” de ambas cartas de intención definen a los “Servicios STF” como “la capacidad incremental derivada de las obras de Ampliación que serán prestados...a los adjudicatarios del Concurso Abierto”.

licenciatarias. Sin embargo limitar el alcance de esta obligación a tan solo la cesión de derechos resultaría en un análisis superfluo. Las obligaciones a las cuales se someten los fiduciantes en este modelo abarcan asimismo la transferencia en propiedad fiduciaria de los derechos a percibir los futuros flujos de fondos que resulten de los cargos que pudieran imponer TGS y TGN a los cargadores de gas que utilizaran la infraestructura. Como consecuencia, encontramos que TGS y TGN pierden la cualidad de titulares del derecho de cobro a los cargadores y cualquier ganancia que pudiera surgir de su actividad es cedida al fideicomiso privado. La ganancia derivada de la operación del gasoducto General San Martín y las tarifas que pagan los cargadores son re-dirigidas a cubrir los costos de la ampliación y, en este sentido, a repagar las inversiones de los beneficiarios.

ii. Fiduciario

El fiduciario es la segunda figura que compone el esquema de un fideicomiso genérico. La principal tarea del oficial fiduciario es la administración del patrimonio fideicomitado, administración que puede beneficiarlo a él mismo, o a un tercero designado en la constitución del fideicomiso – beneficiario -. El modelo *ad hoc* incorpora como fiduciario a Nación Fideicomisos que es una empresa – sociedad anónima para ser más exacto – que opera en el área financiera argentina y ha actuado como fiduciaria en numerosos proyectos de obra pública a lo largo de la historia de la infraestructura pública argentina⁷⁷. Las funcionalidades otorgadas por las cartas de intención al fiduciario en el marco del modelo *ad hoc* son la titularidad fiduciaria de todos los bienes y derechos que compongan el patrimonio fideicomitado que deberían tener un destino irrevocable, la satisfacción del cometido de la primera instancia del modelo y la ejecución de las ampliaciones del gasoducto General San Martín. Esta obligación a su vez conlleva muchas otras, como por ejemplo la asunción de los pagos que deberían ser desembolsados a favor de fiduciante, de los contratistas y/o de los proveedores tal como lo indican las cartas de intención. Asimismo funciona como co-fiduciario el Banco de la Nación Argentina pero que tendrá un actuar más limitado que Nación Fideicomisos ya que se ocupa únicamente de la titularidad y operación de las cuentas bancarias que acreditan la liquidez del Fideicomiso de Gas⁷⁸.

⁷⁷ el último ejemplo fue en 2018 cuando fue nombrado fiduciario del Fondo de Capital Emprendedor (“Nación Fideicomisos actuará como fiduciario en el Fondo de Capital Emprendedor”, *TELAM*).

⁷⁸ Ambas Cartas de Intenciones se refieren a esta funcionalidad del co-fiduciario en sus respectivos capítulos de “Definiciones”.

iii. Fideicomisario

La figura del fideicomisario no es una figura obligatoria en la composición de un fideicomiso genérico pero es una figura disponible para su utilización. El modelo *ad hoc* y sus intrínsecas complicaciones requería que, aunque TGS y TGN cedieran sus derechos a hacer las ampliaciones al patrimonio fideicomitado, mantendrían la ejecución y control físico de la obra. Existe una simple razón que justifica la conservación del funcionamiento y la realización de la ampliación, las licencatarias tienen el *expertise* y el *know how* operacional de los gasoductos y serán las más calificadas para dirigir la obra. En este sentido es que se designa a TGS y TGN como fideicomisarios. Bajo el esquema del contrato de gerenciamiento – uno de los tantos contratos que comprende el modelo *ad hoc* – TGS y TGN se obligan a prestar servicios⁷⁹ en pos de la realización del proyecto de ampliación y como contraprestación recibirían una retribución mensual⁸⁰. A su vez, TGS y TGN en su rol de fideicomisarios celebrarán contratos de locación de obra, servicios y suministros con terceros – contratistas y/o proveedores – ajenos al modelo para lograr el desarrollo eficiente y fluido del proyecto de ampliación. Los contratos mencionados previamente, de gerenciamiento y locación, utilizarán los fondos provistos por el fiduciario del patrimonio fideicomitado para cancelar cualquier costo que pueda surgir a lo largo del proceso de ampliación. A su vez, el fideicomisario es el beneficiario residual, es quien se reserva el derecho a recibir lo que reste del patrimonio fideicomitado una vez cumplido el objetivo del fideicomiso o el mandato⁸¹. Cabe remarcar que las cartas de intención para ambas licencatarias establecen que al cumplir con las finalidades propuestas para el Fideicomiso de Gas – la ejecución de la ampliación para la etapa 1 y el subsecuente repago de las inversiones para la etapa 2 – se cancelará y todo los derechos, patrimonio y fondos residuales se reincorporan a la titularidad de TGS y TGN en su carácter de fideicomisarios.

⁷⁹ “servicios de ingeniería, de dirección del proyecto, de inspección de la obra, de garantía de calidad, de control de proyecto, de seguridad, higiene y medio ambiente, de compras y abastecimiento, de relaciones con propietarios, terceros y organismos oficiales, de administración, de asistencia a contratistas, habilitación y puesta en marcha de la Ampliación” (Carta de Intención aprobada por el Decreto 1658/2004 en su capítulo de Definiciones)

⁸⁰ un “1% del Monto de Inversión de la Ampliación del Fideicomiso” (carta de intención aprobada por el Decreto 1658/2004)

⁸¹ Ley 24.441

iv. Beneficiarios

El modelo de un fideicomiso tradicional, y su legislación acorde⁸², prevé la incorporación de un tercero ajeno al fideicomiso que se beneficiará de la administración del fiduciario. El modelo *ad hoc* no difiere en gran medida. Observamos que condensan el carácter de beneficiarios aquellos que adquirieron los VRDA y los VRDB y que, por lo tanto, financiaron la expansión de la infraestructura pública. Es menester diferenciar entre ambas cartas de intención ya que encontramos beneficiarios distintos para cada una. Para la carta de intención ratificada por el Decreto 1658/2004 que plasma la voluntad de TGS observamos a Petrobras Energía S.A y a Petróleo Brasileiro S.A-Petrobras como beneficiarias del Fideicomiso de Gas. En contraste, para la carta de intención ratificada por el Decreto 1882/2004 que plasma la voluntad de TGN observamos a Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A (en adelante “YPF”) como beneficiaria del Fideicomiso de Gas. En otras palabras Petrobras Energía S.A, Petróleo Brasileiro S.A e YPF obtuvieron titularidad de VRDA y VRDB, financiaron la obra de ampliación y como contraprestación al desembolso de dinero hecho a favor del fideicomiso privado se convirtieron en beneficiarios del Fideicomiso de Gas. Los beneficios que percibirían en cumplimiento de su rol dentro del fideicomiso cobra virtualidad una vez instada la etapa 2.

b. Etapa 2

La finalización de la etapa 1 y su cometido, la expansión y extensión del gasoducto General San Martín, da comienzo a la etapa 2 del modelo *ad hoc*. Al haber logrado la ejecución física de la obra sobre la infraestructura debemos preguntarnos cómo haría el fideicomiso privado para devolver la inversiones hechas por los que anteriormente fueron identificados como beneficiarios. Si bien es correcto llamarlos beneficiarios, podemos decir vehementemente que no gozan de los frutos y los beneficios que merece un beneficiario hasta tanto no comienza la etapa 2. La segunda instancia del modelo *ad hoc* surge asimismo de las cartas de intención ratificadas por los Decretos 1658/2004 y 1884/2004 pero está claramente diferenciada del primer período. El objeto difiere ampliamente ya que esta segunda fase tiene como fin el “recupero de la financiación aportada con los montos de los Fondos Fideicomiso Privado”⁸³.

⁸² Ley 24.441

⁸³ Carta de intención ratificada por el Decreto 1658/2004 en su capítulo de “Definiciones”

Debemos preguntarnos cómo pretendía dar el modelo *ad hoc* con los cuantiosos montos que fueron invertidos en el proyecto de expansión de General San Martín. Bajo el esquema de una concesión de obra los inversores serían desinteresados utilizando la ganancia que ofrecen las tarifas de uso de los gasoductos. Aquí entra en vigencia la cualidad diferencial de la primera etapa respecto de la segunda; el fideicomiso en esta segunda etapa fue público. Se comienza por constituir dentro del ámbito del Fideicomiso de Gas, un nuevo fideicomiso público en manos del fiduciario, Nación Fideicomisos S.A y el Banco de la Nación Argentina –al igual que en la etapa 1-. Tal como lo indican las cartas de intención, la última fecha para la constitución del nuevo fideicomiso público es el día de la habilitación y puesta en marcha de las obras de ampliación del gasoducto. Bajo este esquema se emitirán certificados de deuda en una oferta pública, en otras palabras, el mercado le comprará al fideicomiso público la deuda que tiene con los titulares de las VRDA y las VRDB, inversores de la ampliación y beneficiarios del Fideicomiso de Gas. Es menester mencionar que los VRDA y los VRDB son valores de corto plazo y recuperación pronta ya que el modelo *ad hoc* requería liquidez inmediata para la expansión del gasoducto por lo que debían presentar un modelo que fuera atractivo para los inversores, el corto plazo para su repago garantizaba cautivar inversores. En contraste, los certificados de deuda del fideicomiso público son valores que se recuperarían en un plazo de 8 años⁸⁴, un plazo que, si bien no es de 35 años como puede durar una concesión de obra, es suficientemente extenso. Los fondos recaudados en la emisión de los certificados de deuda se utilizaría para desinteresar a los beneficiarios del Fideicomiso de Gas, también identificados como los inversores: Petrobras Energía S.A, Petróleo Brasileiro S.A e YPF. Una vez canceladas las deudas con los inversores de la etapa 1 queda tan solo desinteresar a todos aquellos que hayan adquirido certificados de deuda en la etapa 2.

El modelo *ad hoc* prevé la cancelación de los certificados de deuda adquiridos por el mercado en la segunda instancia a través de un mecanismo que se asimila a lo que haría desde un primer momento la concesión de obra pública. No obstante, una concesión implicaría que TGS y TGN, operadoras del gasoducto, le pagaran a los inversores con lo recaudado de las tarifas. Este marco no permitiría esta dinámica ya que en su rol de fiduciantes, TGS y TGN cedieron los futuros flujos de fondos resultantes de la ampliación hasta finalizada la financiación de la extensión. Consecuentemente, observamos que la demanda del gasoducto General San Martín es la que finalmente desinteresaría a los titulares de los certificados de deuda. El mecanismo utilizado concentró el esfuerzo en el fiduciario quien, en su capacidad de administrador del Fideicomiso de

⁸⁴ ENERGAS. Nota ENRG/GDyE/GAL/D N, Buenos Aires, 22 diciembre 2004.

Gas, recauda un cargo⁸⁵ que TGS y TGN perciben de los usuarios del gasoducto y lo utiliza para resarcir a los acreedores de la etapa 2, los titulares de los certificados de deuda. El dinero percibido por el fiduciario surge de “cargos adicionales que se aplicarán a todos los contratos de servicio de transporte firme de gas natural vigentes de TGS”⁸⁶ –y TGN en su normativa aplicable – a los grandes usuarios y usuarios industriales del gasoducto General San Martín. A lo largo de un plazo de 8 años, lentamente con los cargos recaudados, el modelo *ad hoc* cancela las deudas emitidas en la segunda fase del mecanismo. En estas líneas podemos identificar al cargo percibido como el flujo de fondos que apoya el proyecto de ampliación y la inversión inicial en la etapa 1 como un aporte de capital.

c. Disolución del Fideicomiso de Gas

Con la ampliación y la posterior puesta en funcionamiento del nuevo gasoducto General San Martín, los beneficiarios del fideicomiso privado desinteresados y los certificados de deuda cancelados con los cargos adicionales, el modelo *ad hoc* especula que una vez cumplidos estos hitos, el Fideicomiso de Gas debe ser disuelto ya que cumplió con su propósito. Las cartas de intención y la normativa aplicable a este caso, que ya ha sido citada con anterioridad, entienden que la vida útil de este esquema sería hasta tanto se logre la financiación del proyecto de ampliación *ergo* una vez alcanzado el fin ya no tendría más provecho y sería contrario a la ley sostener este esquema en el tiempo.

C. Ventajas y Desventajas

a. Ventajas

⁸⁵ La Ley Nacional 26.095 constituye los cargos adicionales destinados al financiamiento de obras de expansión y extensión de infraestructura subyacente al Mercado del gas natural. Luego tras el fallo “Establecimientos Liniers SA c/ en Ley 26095 Ministerio de Planificación Resol 2008/06 s/ amparo de Ley 16986” la CSJN ratificó la sentencia apelada e identificó al cargo con las cualidades de una tarifa.

⁸⁶ “Nación Fideicomisos actuará como fiduciario en el Fondo de Capital Emprendedor”, *TELAM*.

La primera gran ventaja que permite vislumbrar el modelo *ad hoc* es que permite llevar a término un proyecto primordial y absolutamente esencial para el desarrollo argentino en una coyuntura que no era para nada beneficiosa. La primera extensión y expansión del gasoducto General San Martín se inauguró en julio del 2005⁸⁷, tan solo 7 meses luego de que los Decretos 1658/2004 y el 1882/2004 ratificaran las cartas de intención, que funcionaban a modo de contrato entre las partes integrantes del modelo. Si bien para julio del 2005 el gasoducto contaba únicamente con la primera expansión del cronograma de expansiones previsto, la rapidez con la que pudo ampliarse la infraestructura de gas es remarcable. En este sentido, observamos que es el primer modelo que logró su cometido. Así pues, se logró aumentar la oferta de gas natural para abastecer a la demanda incremental del invierno del 2005. En otras palabras, se cumplió con el cometido de planificación que identificó el gobierno de turno.

Los riesgos en este modelo se encuentran divididos entre todos los jugadores que participan del mismo. A diferencia de los modelos usualmente utilizados para el desarrollo de obra pública que condensan el riesgo, de la ejecución a término de la obra y la recuperación del dinero invertido, o en el Estado o en el privado adjudicado en la concesión, el modelo *ad hoc* distribuye el riesgo de manera equitativa ya que existe una cadena de responsabilidades formada por eslabones conectados. El inversor de la etapa 1 corre el riesgo único de que no se le retribuya el dinero, el Fideicomiso de Gas corre el riesgo de no alocar de manera adecuada los recursos de su patrimonio fracasando y acarreado el riesgo de *completion* o cumplimiento de la obra y las licenciatarias corren el riesgo de ceder, por tiempo limitado, los derechos que surgen de sus licencias para operar el gasoducto General San Martín. La distribución de los riesgos y los peligros que implica el desarrollo de infraestructura pública es una de las razones por la cual se pudo conseguir el financiamiento de manera eficaz y veloz. Los privados inversores, al no tener que soportar la totalidad de las inseguridades, se encuentran más predispuestos a invertir su dinero. Al respecto podríamos decir, que en el comienzo el proyecto tenía cierta bancabilidad para los interesados.

b. Desventajas

⁸⁷“TGS inauguro la ampliación del gasoducto San Martín”, *Enenews*.

Institucionalmente encontramos un gran problema que encausa una de las grandes enfermedades que padece la Argentina, la corrupción. El modelo, en su amplia complejidad, no termina de definir con claridad los roles de las partes involucradas. Si bien tal vez a lo largo del análisis previo se intentó encasillar a los jugadores en roles claros y estables, esto no encuentra correlación directa en la realidad del marco regulatorio sino que se intentó hacerlo para la comprensión del modelo. No obstante, ya podemos ver ciertos entrelazamientos en el esquema del Fideicomiso de Gas cuando entendemos que las licenciatarias TGS y TGN eran fiduciarias y fideicomisarias a su vez, ajenas pero dependientes asimismo del fiduciario. La multiplicidad de roles y funciones en el modelo *ad hoc* generaba también confusión en la verdadera naturaleza del mecanismo en cuestión, ¿fue una contratación pública? o ¿fue una contratación privada?. La incertidumbre en este sentido, junto con la volatilidad de los roles, plantea un terreno ideal para actos de mala fe como la utilización de sobrepagos, lavado de dinero y financiamiento de actividades ilegítimas. El modelo *ad hoc* otorga un panorama en el que no existe una clara delimitación de los actores, sus responsabilidades y funcionalidades, gestando áreas grises óptimas para el enriquecimiento ilícito de algunos.

La RAE define el término “*ad hoc*” como aquello que se “hace para un fin determinado”. En este sentido, si bien fue un mecanismo útil para la específica ampliación del gasoducto San Martín, no es un modelo que se podría aplicar para el desarrollo de toda la infraestructura nacional de gasoductos por lo que no sería aplicable en el mediano plazo para monetizar efectivamente Vaca Muerta. En pocas palabras, el modelo *ad hoc* fue muy eficaz para el fin que se propuso pero no podría replicarse ilimitadamente y la realidad Argentina requiere de un modelo que pueda reproducirse sin mayores complicaciones. El modelo en cuestión es una forma limitada de financiar este tipo de obras ya que otorga la posibilidad de financiar proyectos de cientos de millones cuando lo requerido para la monetización de Vaca Muerta son miles de millones de dólares. Sería poco coherente que el Estado propague un mecanismo como éste ya que no es el gestor natural del mercado; no debería ocupar ese rol ya que las gestoras naturales del mercado de gas natural son TGS y TGN respectivamente. Si el Estado, en su condición de poca liquidez, pretende que el mercado financie el desarrollo de la infraestructura de gas natural, debería delegarle las potestades y la adjunta responsabilidad a las licenciatarias que se encuentran en mejores condiciones de negociarlo que él mismo. Le corresponde al Estado fijar las políticas de largo plazo y luego regular y controlar quienes serán los encargados de llevarlas adelante: los gestores naturales del mercado. Podría describirse el modelo *ad hoc* como un parche que intenta enmendar una grieta en una ruta, si bien sería útil en el corto plazo para evitar que el cemento ceda y se haga un pozo, el parche no se sostendrá por mucho tiempo y eventualmente la grieta se profundizaría. Utilizando la metáfora del parche para el caso en concreto de Vaca Muerta, entendemos que el problema estructural argentino con respecto a las inversiones no encontraría

una solución en el modelo *ad hoc* y si bien sirvió para obviar una crisis energética en el 2005, no sería eficaz para ubicar a la Argentina en una posición de superávit energético y exportadora de gas natural.

VIII. CONCLUSION

Hemos incursionado en los detalles objetivos de los modelos propuestos para su análisis, cuestiones atinentes a la legalidad o tecnicidades de los formatos disponibles para la monetización de Vaca Muerta. Asimismo hemos indagado en la cuestiones subjetivas de los modelos al hacer un estudio analítico de sus falencias y de sus ventajas. El estudio, u observación, de los modelos utilizables ha arrojado una conclusión, *a priori*, un tanto desalentadora ya que, en las condiciones expuestas, no pareciera existir ningún modelo plausible para ser utilizado y para lograr el fin ultimo identificado: la monetización de Vaca Muerta.

Si bien los tres modelos presentan cualidades muy ventajosas y son interesantes, las fallas parecen cancelar sus virtudes dado que no funcionan como fallas en muchos casos sino más bien como limitaciones absolutas. Pretender proponer un modelo que solucionara todos los problemas que enfrenta la Argentina actual sería demasiado ambicioso, pero consideramos que la observación de las restricciones es un primer paso en esa dirección. Sería deseable que nuestros dirigentes políticos utilicen los marcos regulatorios disponibles de anteriores administraciones y construyan sobre estos para evitar incansables trabajos que, frente a un cambio inevitable de gobierno, fueran completamente descartados para comenzar nuevamente de cero.

A modo de conclusión proponemos hacer un racconto de los modelos identificando algunos elementos diferenciales entre ellos para finalmente brindar una opinión personal con respecto a la viabilidad de un modelo en particular. Acabaremos por brindar algunos datos empíricos coyunturales que fueron desenvolviéndose a medida que este trabajo fue gestionado y son de gran relevancia para brindarle actualidad al análisis.

El primer modelo sienta sus bases en leyes inmemoriales, un sistema claro y al punto que permite eficiencia en los proyectos que sean identificados como necesarios. La Ley de Obra Pública le permite al Estado identificar, impulsar, planificar, financiar, gestionar y explotar las obras

de infraestructura pública. A su vez, es el Estado quien condensará la mayoría de los riesgos ya que únicamente delegará en manos ajenas al gobierno la ejecución física de la obra. El modelo de obra pública hoy es completamente inviable porque como ya hemos mencionado en repetidas instancias a lo largo de este análisis, el Tesoro Nacional no cuenta con partida presupuestaria previa – como requiere el art. 7 de la Ley - suficiente como para costear una infraestructura de la envergadura necesaria para lograr transportar las reservas de Vaca Muerta a los puntos de demanda para ser destinadas al consumo interno y/o a las exportaciones. En la historia argentina se ha debido descartar este modelo, si bien hemos gozado de períodos de grandes riquezas, hace muchos años ya que vacilamos entre una endeble estabilidad económica, la crisis y el *default*. Debemos reservar este modelo únicamente para obras de menor magnitud.

La Oferta Irrevocable de Transporte Firme de Gas Natural sienta sus bases en un concepto muy similar a la concesión de obra, modelo frecuentemente utilizado en nuestro país para obras significativas. Este modelo buscaba la construcción de un nuevo gasoducto que conectará las áreas hidrocarburíferas de Vaca Muerta con la provincia de Buenos Aires. En resumidas cuentas, se le otorgaría la licencia de explotación del nuevo gasoducto al inversor al se le adjudicara la obra en una licitación pública nacional e internacional, la licencia de Transportadora de Gas del Centro. Hallaríamos un Estado que identifica la necesidad de una obra semejante y planifica el modelo que se utilizará, impulsa el modelo pero luego la gestión, financiación, explotación y asunción de riesgos recaería en el privado que ha sido adjudicado en la licitación y quien será el titular de la licencia de TGC. En este sentido, el Estado delegaría en manos del mercado el proyecto para la capitalización de las reservas de Vaca Muerta entendiendo que son los que se encuentran en mejores condiciones de afrontar una obra de 2.000 millones de dólares. Siendo lo descrito a continuación una opinión personal, es de nuestra consideración que este modelo es el que más relevancia adquiere en un contexto económico-político como el de Argentina. Las fallas que fueron mencionadas en el capítulo correspondiente a La Oferta surgen de una redacción insuficiente y escasa, es decir, el modelo es viable si tuviera por detrás un contrato más robusto que subsane los errores identificados previamente. Existen ejemplos de contratos vinculantes más vigorosos en nuestra normativa⁸⁸ por lo que podría redactarse otra oferta recubierta de cualidades que le otorguen más bancabilidad al proyecto. Es necesario dotar a este contrato de previsibilidad y estabilidad para el mediano y largo plazo. La Oferta, bien estructurada, podría ser la respuesta a nuestro gran interrogante: ¿cómo monetizar Vaca Muerta?

⁸⁸ Nuevamente cabe mencionar al Programa RenovAr como ejemplo en este caso.

Finalmente, el modelo *ad hoc* se presenta como un modelo mas bien enigmático y un entramado que reúne características de todas las normativas disponibles para el desarrollo de infraestructura pública, una composición entre contratación pública y concesión privada. Todo su esquema se basa en la constitución de un Fideicomiso de Gas que recibiría inversiones de privados para la expansión y extensión del gasoducto General San Martín. TGN y TGS, licenciatarias del gasoducto retuvieron la gestión y administración del gasoducto y funcionaban como gerentes de las obras de ampliación. La devolución del dinero invertido fue logrado a través de una emisión posterior de títulos de deuda al público que a su vez serian cancelados con lo recaudado de los cargos adicionales cobrados a los usuarios del gasoducto. Este esquema de gran complejidad delega en el Estado la identificación de la necesidad y la planificación del modelo de manera clara, pero luego los roles se encuentran entremezclados. No podemos identificar con claridad quien financiaría la obra, si los inversores iniciales de la etapa 1 o los titulares de la deuda en la etapa 2 o los usuarios del gasoducto y consecuentemente no es simple identificar quien correría los riesgos del proyecto. Este modelo fue de gran utilidad para atravesar el momento de crisis del 2004 pero útil únicamente en esa ocasión. No negamos la posibilidad de que pueda volver a ser utilizado excepcionalmente en un futuro pero no era una solución que pudiera ser propagada para el desarrollo de todas nuestras infraestructuras. Particularmente es conflictivo el modelo *ad hoc* porque da lugar al empeoramiento de una de las grandes enfermedades que aqueja a la Argentina, la corrupción.

A. Mejoras propuestas

Sin lugar a duda hubo grandes desafíos que debió atravesar este trabajo especialmente en lo que se refiere al análisis de La Oferta ya que es el único modelo actual que fue gestionado tan solo el año pasado. Consecuentemente fue sujeto a muchos cambios y re-direccionamientos en estos últimos meses, más aun cuando consideramos el cambio de gobierno con las elecciones presidenciales de octubre de 2019. El ámbito energético se encuentra altamente politizado por lo que es muy improbable lograr abstraerlo completamente de las variables ideologías gubernamentales. A su vez, aun no ha podido darse comienzo al modelo de La Oferta ya que ha habido dos postergaciones al comienzo de la licitación para adjudicar el proyecto, la primera ocurrió a fines del 2019 cuando Mauricio Macri finalizaba su presidencia y otorgó una postergación del comienzo para el 31 de marzo de 2020, fecha que tampoco se cumplió y fue postergada nuevamente por el presidente electo, Alberto Fernández. La pandemia instalada por el COVID-19 profundizó las complicaciones que debemos afrontar para monetizar Vaca Muerta al estremecer el

mercado energético mundial. Inevitablemente el análisis de La Oferta arroja resultados un tanto idílicos y abstractos ya que no hemos visto en funcionamiento el modelo y cabe preguntarnos si alguna vez será puesto en marcha.

No obstante las complicaciones, he disfrutado en gran medida de las horas dedicadas a este trabajo ya que considero que el desarrollo de la infraestructura pública, con las complicaciones y requisitos necesarios para su desarrollo eficaz, será uno de los pilares que logrará sacarnos de la pobreza perpetua en la que nos hallamos. Analizar las fallas y las posibilidades que ofrecen nuestra normativa para cumplir este fin es el primer paso hacia adelante para analizar como podemos mejorar y generar mecanismos suficientemente estables para que, sin importar la coyuntura, haya incentivos suficientes para atraer inversiones internacionales que logren activar la economía argentina y darnos el futuro que este país y su gente merece.

B. Agradecimientos

Debo agradecer profundamente a mi tutor de tesis, Nicolás Eliashev, por la ayuda y el apoyo que me brindó a lo largo de todo el proceso, compartiendo de manera generosa su conocimiento como así también sus preocupaciones y esperanzas para la Argentina futura. A mi padre, Sergio Raballo, que como profesional del área energética hace más de 25 años pudo brindarme apoyo en la comprensión de cuestiones más técnicas atinentes al gas natural y a mi madre, Silvina Pini, quien me ha brindado apoyo lingüístico para el desarrollo coherente de este trabajo.

IX. BIBLIOGRAFIA

LEGISLACION

Decreto 180/04 de Gas Natural. Boletín Oficial, Buenos Aires, Argentina, 16 de febrero de 2004.

Decreto 19324/49. Boletín Oficial, Buenos Aires, Argentina, 23 de agosto de 1949.

Decreto 870/03. Boletín Oficial, Buenos Aires, Argentina, 7 de octubre de 2003.

Decreto 465/19. Boletín Oficial, Buenos Aires, Argentina, 5 de julio de 2019.

Decreto 180/04. Boletín Oficial, Buenos Aires, Argentina, 16 de febrero de 2004.

Ley Nacional 13.064. Buenos Aires, Argentina, 6 de octubre de 1947.

Ley Nacional 17.319. Buenos Aires, Argentina, 30 de junio de 1967.

Ley 24.441. Buenos Aires, Argentina, 22 de diciembre de 1994.

Ley 26.095. Buenos Aires, Argentina, 26 de abril de 2006.

Resolución 185/04 del Ministro de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios.

Resolución N 82 del 7 de marzo de 2019 de la Secretaria de Gobierno de Energía del Ministerio de Hacienda.

Resolución 437/2019 del Ministerio de Hacienda-Secretaria de Energía.

DOCTRINA

Aguilar Valdez, Oscar R. “Principios jurídicos aplicables a las infraestructuras públicas”, (2017), <http://www.cba.gov.ar/wp-content/4p96humuzp/2017/10/Doctrina-Aguilar-Valdez-Ppios-Juridicos-aplicables-a-las-infraestructuras-pcas.pdf>

Beltrán, Carlos, y Martín L. Dutto. “La Concesión De Obra Pública. Una Perspectiva Económica”. *Ciencias Económicas* 1 (2015): 63-76, <https://doi.org/10.14409/ce.v1i0.4651>.

Beltrán, Carlos y Dutto, Martín. (2012). “Contratación de obra versus Concesión de obra pública. Un análisis de los esquemas de incentivos”. *SaberEs: Revista de Ciencias Económicas y Estadística* No. 4, (2012). <http://www.saberes.fcecon.unr.edu.ar/index.php/revista/article/view/76/155>

Buscaglia, Adolfo E. “La Economía Argentina en Perspectiva: 2004-2007”. Comunicación en sesión privada en la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. 15 de diciembre de 2004, https://www.ancmyp.org.ar/user/FILES/La_economia-Buscaglia.pdf

Campos Medina, Alexander y Hinojosa Sobrevilla, Luis Martin. “El contrato de obra pública: Lo que no dice la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pero debería decir”. *Revista De Derecho Administrativo*, No. 5 (2008); 297-308, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14509/15120>

De la Cuétara Martínez, Juan Miguel, “Sobre Infraestructuras en Red y Competencia entre redes”,

en Ariño y Almoguera, Abogados (eds.), *Nuevo Derecho de las Infraestructuras* (2000).

Druetta, Ricardo T. y Guglielminetti, Ana Patricia, “El contrato de obra pública”.

Gordillo, Agustín A. “Obra pública y contrato de obra pública”, *Ressegna dei lavori pubblici* No 5, *Roma* (1964): 45-69, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/32/obra-publica-y-contrato-de-obra-publica.pdf>

Jauregui, Anibal. “Obras públicas y eficiencia burocrática (1932-1943)”. Universidad Nacional de Lujan – Universidad de Buenos Aires. *Travesía* n.º 14-15 (2012): 79-106, <http://www.travesia-unt.org.ar/pdf/numero14/04-jauregui.pdf>

Marienhoff, Miguel Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo*, T III-B- cuarta edición actualizada, (Buenos Aires: Lexis Nexis – Abeledo Perrot)

Martínez Calvo, Juan. “El contrato de concesión de obra pública: novedades de su régimen jurídico”. *Revista de Administración Pública*, 206 (2018): 319-356, <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.206.11>

Stortoni, Gabriela. “Sobre el contrato llave en mano como modalidad de contratación pública”, <http://www.cba.gov.ar/wp-content/4p96humuzp/2017/10/Doctrina-Stortoni-Modalidad-Llave-en-mano.pdf>

Torres – Acosta, Luisa Alexandra. “El principio de legalidad: una necesaria restricción a la aplicación de la doctrina de los actos propios en la contratación estatal”. *Revista digital de Derecho Administrativo* n.º 15, primer semestre, Universidad Externado de Colombia (2016): 267-272, <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/4595/5400>

Vega Olmos, Jimena y Azzarri, Juan Cruz. “Los contratos de participación público-privada: una nueva modalidad contractual para el Estado” *Buenos Aires: El Dial* (2017).

JURISPRUDENCIA

CSJN "Gas del Estado c/ Transportadora de Gas del Sur" del 5/8/2003

CSJN "Establecimientos Metalúrgicos Becció S.A e Hijos S.A c/ Ente Nacional Regulador del Gas – Resol. MJ ENERGAS 12/93" del 05/11/1996, *Fallos*: 319:2602

CSJN "Establecimientos Liniers SA c/ en Ley 26095 Ministerio de Planificación Resol 2008/06 s/ amparo de Ley 16986" del 11/06/2013, *Fallos*:

TEXTOS COMPLEMENTARIOS

"Bankability", *The EPEC PPP Guide*, <https://www.eib.org/epec/g2g/i-project-identification/12/123/index.htm>

"Cuáles son los países con mayores reservas de petróleo y por qué esto no siempre es señal de riqueza", *BBC News: Mundo* (2019), <https://www.bbc.com/mundo/noticias-47748488>

"Contrato llave en mano". *Asesoría General de la Provincia de Buenos Aires*, <http://www.asesoria.gba.gov.ar/actividades/encuentro15/Taller%20II%20Parte%202.pdf>

"Contrato de obra pública, Buena fe", *SAIJ*, 15 de noviembre de 1988, <http://www.saij.gob.ar/contrato-obra-publica-buena-fe-sub0012608/123456789-0abc-defg8062-100bsoiramus#>.

Chorny, Ruben. "Segunda reserva mundial: Vaca Muerta se llama la gran carta de crecimiento argentino" *BBVA*. (2017), <https://www.bbva.com/es/segunda-reserva-mundial-vaca-muerta->

[llama-gran-carta-crecimiento-argentino/](#).

Cordiviola, Mauricio. “Tarifas del Gas Natural: diagnostico y alternativas de normalización”. *Ciclo de Conferencias en el IAE* (2010), <http://www.iae.org.ar/conferencias/ARGEN4MCORDIVIOLA.pdf>

“El sistema de la tesorería”, *Tesorería General de la Nación*. Última modificación diciembre 2017, <http://www.tgn.mecon.gov.ar/sistematgn/sistesos.pdf>.

Nota ENRG/GDyE/GAL/D N 6882. ENERGAS, Buenos Aires, 22 diciembre 2004, <https://www.tgn.com.ar/assets/media/2019/04/cargos-fideicomisos-02.pdf>

Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas. *Argentina: Infraestructura, ciclo y crecimiento*. Buenos Aires: Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, 1998. <http://www.fiel.org/publicaciones/Libros/infraestructura.pdf>.

Gallegos, Ernesto. “¿Qué son los yacimientos no convencionales?”, *YPF Energía* (2014), <https://www.ypf.com/energiaypf/Novidades/Paginas/Que-son-los-yacimientos-no-convencionales.aspx>

Gallo, Nicolás V, “Opinión. Obra pública o infraestructura”, *La Nación* 13 de octubre de 2004, <https://www.lanacion.com.ar/economia/obra-publica-o-infraestructura-nid644440>

“Infraestructura y alianzas público-privadas”, *Banco Mundial BIRF-AIF*, última modificación 5 de abril de 2018, <https://www.bancomundial.org/es/topic/publicprivatepartnerships/overview#1>

“Lanzan el gasoducto Transportadora de Gas del Centro”. *Agencia Nuevas Palabras*. 10 de julio de 2019, Recuperado de <https://nuevaspalabras.com.ar/lanzas-el-gasoducto-transportadora-de-gas-del-centro/>

“Los diez países con mejor y peor infraestructura del mundo”, *Infobae*, 19 de junio de 2015, <https://www.infobae.com/2015/06/19/1736411-los-diez-paises-mejor-y-peor-infraestructura-el-mundo/>

Llorens, Francisco. “Obra pública: cuales serán los proyectos más costosos del presupuesto 2019”. *El Cronista*, 19 de septiembre de 2018, <https://www.cronista.com/economiapolitica/Obra-publica-cuales-seran-los-proyectos-mas-costosos-del-presupuesto-2019-20180919-0032.html>

“Nación Fideicomisos actuará como fiduciario en el Fondo de Capital Emprendedor”, *TELAM*, 27 de diciembre de 2018, <https://www.telam.com.ar/notas/201812/318204-financiamiento-nacion-fideicomisos-fondo-fiduciario-emprendedor.html>

“Oficializan detalles del fondo fiduciario que financiará la ampliación del Gasoducto San Martín”, *El Cronista*, 28 de noviembre de 2004, <https://www.cronista.com/impresageneral/Oficializan-detalles-del-fondo-fiduciario-que-financiara-la-ampliacion-del-gasoducto-San-Martin-20041129-0081.html>

Real Academia Española, “Diccionario de la lengua española” versión 23.3, <https://dle.rae.es>

“Sin gas y sin plata”, *La Nación*, 16 de octubre de 2014, <https://www.lanacion.com.ar/editoriales/sin-gas-y-sin-plata-nid1735926>.

“TGS inauguro la ampliación del gasoducto San Martín”, *Enernews*, 12 de julio de 2005, <http://miningpress.com/nota/182009/tgs-inaugura-la-ampliacion-del-gasoducto-san-martin>

<https://www.energianeuquen.gob.ar/organismo/vacamuerta.html>

“Vaca Muerta: se busca llegar a 1.500 pozos”. *El Economista*, 9 de agosto de 2019,
<https://www.eleconomista.com.ar/2019-08-vaca-muerta-se-busca-llegar-a-1-500-pozos/>

“Vaca Muerta: Nuevo Gasoducto”, *Marval, O’Farrell y Mairal*.
<https://www.marval.com/publicacion/vaca-muerta-nuevo-gasoducto-13381>



Universidad de
San Andrés