

DOS MINUTOS DE DOCTRINA

31 de julio de 2018

EL GAS DEL ESTADO

¿Puede la actividad estatal causar daños? Y si fuera así, ¿son indemnizables?

Álcalis de la Patagonia SA (“Alpat”) es el único fabricante latinoamericano de carbonato de sodio, usado en la fabricación de vidrio, jabón y tinturas y en el tratamiento de aguas. Alpat es un gran consumidor de gas natural.

La empresa se instaló en la Patagonia en virtud de un contrato con el Estado, de 1981 (aprobado por un decreto del Ejecutivo), “que obligaba a Gas del Estado [una empresa estatal privatizada en 1992 y ahora inexistente] a suministrarle gas natural en cantidad suficiente, de forma permanente y sin posibilidad de interrupción”.

Durante los inviernos de 2011 y 2012, el gobierno argentino impuso severas restricciones al suministro de gas natural, para priorizar su provisión a lo que se llamó “Demanda Prioritaria”, esto es, al consumo hogareño de ese combustible.

Alpat demandó al Estado por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de esas restricciones. La indemnización pedida incluyó no sólo los desperfectos sufridos por los hornos y maquinaria de Alpat sino también el importe de las multas pagadas por la empresa por haberse

excedido en el consumo de ese combustible.

Alpat sostuvo que el Estado había cometido dos tipos de daños: algunos producidos como consecuencia de haber violado el contrato que unía a ambas partes (es decir, en términos técnicos, reclamó por la *responsabilidad contractual* del Estado). Pero además, la empresa sostuvo haber sufrido perjuicios a raíz de las normas dictadas para regular la industria del gas. En palabras más ajustadas, había soportado daños a raíz de la *actividad propia* del Estado.

En primera instancia, el juez dio en parte la razón a Alpat y en parte al Estado. Obviamente, tanto la una como el otro apelaron. Como la Cámara, luego de revisar la sentencia anterior, la confirmó¹, nuestro comentario se referirá indistintamente a los fundamentos comunes de ambas decisiones.

En primer lugar, dijeron los jueces, *Alpat no cuestionó la constitucionalidad de las normas que la afectaron* (esto es, de todo el entramado legal “de una evidente política

¹ In re Álcalis de la Patagonia c. Estado Nacional; CNACAF (III), 2018; exp. SO1:326324/12; *elDial.com* AAAA50, 26 julio 2018.

energética cuya intencionalidad [fue] solucionar la crisis vinculada a los volúmenes de gas natural disponibles en el mercado interno a fin de abastecer de forma eficiente y eficaz las demandas ininterrumpibles (en un primer momento) y la totalidad de quienes requieran su consumo en segunda instancia").

En consecuencia, si se daba por cierta la constitucionalidad de las regulaciones que limitaron el suministro de gas a Alpat, entonces su derecho a recibir ese combustible sin esas limitaciones *solo tenía origen en el contrato aprobado en 1981*. Pero los jueces subrayaron que "el referido decreto tenía una antigüedad de 30 años [y] las circunstancias de hecho y de derecho se vieron sustancialmente modificadas en los últimos años debido a la crisis general que debió experimentar el país". Hasta aquí el argumento es débil y peligroso: la antigüedad de una norma, por sí misma, no puede servir de argumento para tenerla por derogada. Tampoco una referencia genérica a "cambios de circunstancias" puede implicar la caída de las obligaciones gubernamentales.

Ambas sentencias aplicaron un argumento adicional, sin (en nuestra opinión) explicitarlo ni resaltarlo demasiado, a pesar de ser el concluyente (pues hubiera bastado por sí mismo): cuando la planta de Alpat se puso en funcionamiento, en 2005, Gas del Estado *ya no existía*, por lo que Alpat debió firmar un contrato de suministro de gas con una de las empresas privadas sucesoras de aquella, *contrato que estaba sujeto a un "Reglamento de Servicio de Distribución" que, desde 1973, "priorizaba el suministro de los usuarios residenciales"* y a otras normas que crearon "un mecanismo legal *válido* para llevar a su cometido la restricción temporaria en el consumo de

gas a empresas como Alpat en épocas invernales".

Los jueces consideraron que "la política energética estatal llevada a cabo se ajustó en términos de razonabilidad a priorizar el suministro de los usuarios residenciales, *siendo un medio legal e incuestionable la restricción temporaria impuesta a Alpat en aras de un servicio eficiente al grupo prioritario*". Las medidas "no resultaron ilegales ni arbitrarias, ajustándose a derecho", concluyeron.

Hasta acá, sobre la *responsabilidad contractual*. Pero... ¿y qué hay de la responsabilidad extra-contractual (es decir, la que no resulta ni deriva de un contrato específico entre el Estado y otra persona)?

Aquí cabe una distinción importante: esa responsabilidad estatal puede tener origen en *hechos ilícitos*: todo aquel que viola la ley debe afrontar las consecuencias, incluyendo al Estado mismo. *¿Pero puede surgir de hechos lícitos?*

Los jueces señalaron que Alpat fue confusa en su demanda, pues no aclaró si consideraba legítima o ilegítima la política estatal. Pero más allá de ese supuesto defecto, los magistrados entendieron que la imposición estatal de cortes al suministro de gas *era una medida legítima* (esto es, no ilegal) y que la potestad para hacerlo estaba justificada. Por otra parte, Alpat "no elaboró argumentos serios para acusar de falta de competencia [a los organismos estatales que tomaron las medidas] ni de irrazonabilidad en el objeto de las restricciones".

Esos argumentos dejaron de lado la posibilidad de que el Estado debiera responder por una supuesta actividad

ilegal: no existió "responsabilidad extracontractual ilícita" de su parte.

Pero muchas veces (como en este caso, según la posición de Alpat), *es la actividad lícita del Estado la que puede producir perjuicios*. Dicho de otro modo, en el ejercicio de sus propias facultades legales, y aun dentro del marco de la ley, el Estado puede producir daños. ¿En qué casos debe indemnizarlos?

Los jueces aplicaron un principio elaborado por la Corte Suprema hace tiempo: *no se debe tolerar un daño* (generado por la actividad estatal) *sin la debida compensación económica cuando a la víctima se le impone un sacrificio desigual o especial*.

Alpat había sostenido que las decisiones de política energética establecidas por el Estado —los cortes en el suministro de gas— habían provocado daños en sus instalaciones. Por consiguiente, además de probar la existencia de esos daños y que estos tenían una adecuada relación de causalidad con las interrupciones y restricciones de gas natural *legítimamente* impuestas por el Estado, debía demostrarse algo más difícil: que esos daños constituyeron "un sacrificio especial" y que la víctima no estaba legalmente obligada a soportarlos.

Para establecer si existió el "sacrificio especial" (es decir, si en un caso particular alguien "está padeciendo un sacrificio mayor o anormal al resto de los sujetos que también están alcanzados por un acto estatal y se ven afectados", los jueces aplicaron un estándar novedoso: "las circunstancias especiales" de quien sufre la acción del estado ("pues puede ser ésta la causa de la desigualdad"), y no solo *la norma estatal en sí misma*, para determinar

si impone o no ese "sacrificio especial". (Es decir, aplicaron un criterio *subjetivo*, y no objetivo, con los peligros que esto implica).

Para los jueces de ambas instancias, Alpat había demostrado *su sacrificio especial* en virtud de tres elementos: el tipo de proceso productivo que desarrollaba, que impedía paradas parciales o temporales de la planta; luego, su imposibilidad de recurrir a combustibles alternativos y finalmente, la poca anticipación con la que se le comunicaban las restricciones, lo que le impedía mitigar sus daños. (Estos dos últimos aspectos fueron identificados por los jueces para rechazar expresamente la argumentación estatal que había sostenido que Alpat no fue la única empresa sujeta a limitaciones —por lo que su "sacrificio" no fue "especial"— y que había sido negligente en no tomar precauciones ante los cortes de gas).

De todas maneras, los jueces reconocieron a Alpat sólo los daños directos, pues "la reparación de los daños causados por la *actividad lícita del Estado* solo comprende los perjuicios que, por constituir consecuencias anormales significan para [la víctima] un verdadero sacrificio desigual, que no tiene la obligación de tolerar sin la debida compensación económica por imperio de la garantía consagrada en el artículo 17 de la Constitución" (que protege el derecho de propiedad).

Como dijimos, tanto en primera como en segunda instancia se reconoció la responsabilidad del Estado, a pesar de haber actuado lícitamente, por haber impuesto a alguien un "sacrificio especial", distinto al del resto de los afectados por la misma norma.

Un breve llamado de atención a los jueces: las sentencias deben ser leídas

cuidadosamente antes de que se las firme.
No es lo mismo decir que los
equipamientos de Alpat “estuvieron

averiados" que decir que estuvieron
"averiguados".

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema
pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a
np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**