

# El derecho administrativo de las infraestructuras

## *Coordinadores:*

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz  
Carlos Delpiazco Rodríguez  
Luis José Béjar Rivera  
Sergio Martín Esquivel

Carlos Matute González  
Carlos A. Villanueva Martínez  
Gerardo Centeno Canto  
María del Carmen Rodríguez  
Martín-Retortillo

**Derecho  
Administrativo**



**tirant  
lo blanch**

Copyright © 2022

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch México publicará la pertinente corrección en la página web [www.tirant.com/mex/](http://www.tirant.com/mex/)

Este libro será publicado y distribuido internacionalmente en todos los países donde la Editorial Tirant lo Blanch esté presente.

DIRECTORA DE LA COLECCIÓN

**Josefina Cortés Campos**

© VV.AA.

© EDITA: TIRANT LO BLANCH  
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO  
Av. Tamaulipas 150, Oficina 502  
Hipódromo, Cuauhtémoc  
06100 Ciudad de México  
Telf.: +52 1 55 65502317  
[infomex@tirant.com](mailto:infomex@tirant.com)  
[www.tirant.com/mex/](http://www.tirant.com/mex/)  
[www.tirant.es](http://www.tirant.es)  
ISBN: 978-84-1130-781-9  
MAQUETA: Innovatext

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: [http://www.tirant.net/Docs/RSC\\_Tirant.pdf](http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf)

Este libro se terminó de imprimir en septiembre de 2022 en los talleres de Litográfica Ingramex, S.A. de C.V., Centeno 162-1, Col. Granjas Esmeralda, 09810, Ciudad de México.

Jorge Albertsen	Richard Martin Tirado
Analía Antik	Ismael Mata
Mário Aroso de Almeida	Carlos A. Villanueva Martínez
Javier Barnes	Carlos Fernando Matute González
Rodolfo Carlos Barra	Henry Alexander Mejía
Luis José Béjar Rivera	Lorenzo Mellado
Víctor Leonel Benavides Pinilla	Claudio Moraga Klenner
Alfonso Buteler	José Antonio Moreno Molina
Hugo Haroldo Calderón Morales	Juan Carlos Morón Urbina
Gladys Camacho Cépeda	Juan Manuel Otero Varela
Dr. Miguel Ángel Cardoza Ayala	Marcos Augusto Perez
Hernán A. Celorrio	Alejandro Pérez Hualde
Pedro José Jorge Coviello	Miguel Pezzutti
Raquel Cynthia Alianak	Ximena Pinto Nerón
Pablo Daniel Cruz	Jaime Pintos Santiago
Jorge Danós Ordóñez	Luis Eduardo Rey Vázquez
Sotelo de Andreau Mirta	Carlos R. Ríos Gautier
Íñigo del Guayo	Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Carlos E. Delpiazzo	Armando Rodríguez García
Carlos Delpiazzo Rodríguez	María del Carmen Rodríguez
Rafael R. Dickson Morales	Martín-Retortillo
Augusto Durán Martínez	Libardo Rodríguez Rodríguez
Jorge Fernández Ruiz	Dr. Felipe Rotondo
Marta Franch	Antonio Ros
Martín Galli Basualdo	Dra. Graciela Ruocco
Carlos Gasnell Acuña	Estela B. Sacristán
Ciro Nolberto Güechá Medina Ph.D.	Prof. Dra. Mariella Saettone Montero
Adrián A. Gutiérrez	Pablo Schiavi
Jose Ignacio Herce Maza	Marcos S. Serrano
José Ignacio Hernández G.	Roberto Pablo Sobre Casas
Víctor Rafael Hernández-Mendible	Suzana Tavares da Silva
Jorge Enrique Ibáñez Najjar	Miguel Ángel Torrealba Sánchez
Dra. Miriam M. Ivanega	Cristina Vázquez
Alejandro Leiva	Natalia Veloso Giribaldi

### III. INFRAESTRUCTURAS Y DERECHO DE LA COMPETENCIA (relaciones, alcances)

*Capítulo 26*

COMPETENCIA Y DERECHO DE LA COMPETENCIA (SU INCIDENCIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE LAS INFRAESTRUCTURAS)..... 59

JORGE ALBERTSEN

*Capítulo 27*

INFRAESTRUCTURA Y DERECHO DE LA COMPETENCIA..... 61

HERNÁN A. CELORRIO

*Capítulo 28*

DERECHO DE LA COMPETENCIA E INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS..... 63

AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ

*Capítulo 29*

INFRAESTRUCTURA Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA. IMPACTO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA..... 66

XIMENA PINTO NERÓN

*Capítulo 30*

EL SISTEMA DE TRANSPORTE DE PETRÓLEO CRUDO POR OLEODUCTOS COMO MONOPOLIO NATURAL..... 687

ESTELA B. SACRISTÁN

### IV. FINANCIAMIENTO DE LAS INFRAESTRUCTURAS

(alternativas de inversión, instrumentos de promoción,  
límites al endeudamiento)

*Capítulo 31*

ALTERNATIVAS AL FINANCIAMIENTO DE LAS INFRAESTRUCTURAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL SALVADOR..... 709

DR. MIGUEL ÁNGEL CARDOZA AYALA

*Capítulo 32*

INVERSIÓN PÚBLICA Y PRIVADA EN EL FINANCIAMIENTO DE INFRAESTRUCTURAS..... 733

CARLOS E. DELPIAZZO

*Capítulo 33*

EL FINANCIAMIENTO DE LAS OBRAS PÚBLICAS EN MÉXICO..... 757

JORGE FERNÁNDEZ RUIZ

*Capítulo 30*  
**EL SISTEMA DE TRANSPORTE DE PETRÓLEO  
CRUDO POR OLEODUCTOS COMO MONOPOLIO  
NATURAL**

ESTELA B. SACRISTÁN\*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 1.1. Diversos medios de transporte de crudo. 1.2. Interrogante. 2. REGULACIÓN ECONÓMICA. 2.1. Noción. 2.2. Origen. Inserción constitucional en Argentina. 3. CONCEPTO DE MONOPOLIO NATURAL. 4. EL SISTEMA DE OLEODUCTO COMO MONOPOLIO NATURAL. 4.1. Economías de escala. 4.2. Economías de escala y sistema de oleoducto. 4.3. Conveniencia de concebir al sistema de oleoducto como monopolio natural. 4.3.1. El problema de la duplicación de sistemas. 4.3.1.1. Constitucionalidad de las restricciones a la duplicación de instalaciones y al ingreso de "entrantes". 4.3.2. El problema de las eventuales rentas derivadas de las "economías de escala" (localización del mercado). 4.3.3. El problema de las eventuales rentas derivadas de las "economías de escala" (condiciones físicas del sistema). 4.3.4. El problema de las rentas infinitas derivadas de las economías de escala. 4.3.4.1. Constitucionalidad de intervención estatal en la aprobación de tarifas. 5. EN SÍNTESIS.

---

\* Doctora en Derecho (UBA, 2006); especialista en Derecho Administrativo Económico (UCA, 1998); abogada (UMSA, 1992). Incorporada al Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, y al Instituto de Derecho Constitucional "Segundo V. Linares Quintana" de dicha Academia. A cargo de la Comisión de Seguimiento de Jurisprudencia del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. En la Universidad Austral, es profesora de Bases Constitucionales del Derecho Administrativo, Master en Derecho Administrativo, Universidad Austral; directora ejecutiva de las Diplomaturas en Derecho Constitucional Profundizado y en Derecho Procesal Constitucional; y co-directora ejecutiva del LLM con Orientación Derecho Constitucional. Recibió, entre otros, el Premio "Corte Suprema de Justicia de la Nación" (1995). Trabajó en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la Administración pública, en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal y en el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Desde 2005, se desempeña en el sector privado.

## 1. INTRODUCCIÓN

Al día de hoy, el petróleo crudo, o crudo, sigue siendo la más tradicional y relevante fuente no renovable de energía.<sup>1</sup> Ahora, el crudo, una vez extraído –tratado, o, en su caso, procesado– requiere ser transportado hasta el lugar donde se lo almacenará, para su posterior despacho, o hasta el lugar donde se lo fraccionará o refinará para el posterior despacho de subproductos.<sup>2</sup> Los campos petroleros más importantes tienen conexión directa con oleoductos, y éstos resultan esenciales para que el petróleo pueda ser transportado a los fines de su posterior conversión en derivados que alcanzarán a los consumidores.<sup>3</sup> Existen diversas formas de transporte de crudo.

### 1.1. Diversos medios de transporte de crudo

El transporte de crudo puede efectuarse por ductos, buques tanque o barcos petroleros, vagones ferroviarios, camiones. A efectos del presente, tengamos en cuenta que los oleoductos –por los que se bombea el crudo

- 
- <sup>1</sup> El crudo y otros líquidos producidos a partir de combustibles fósiles se refinan en productos del petróleo que la gente emplea para diversos propósitos. Los biocombustibles también se emplean como productos del petróleo, principalmente en mezclas con gasolina y diesel. El petróleo ha sido históricamente la fuente principal más grande para el consumo energético total anual de los Estados Unidos. Empleamos productos del petróleo para impulsar vehículos, calefaccionar edificios, y generar electricidad. (“Crude oil and other liquids produced from fossil fuels are refined into petroleum products that people use for many different purposes. Biofuels are also used as petroleum products, mainly in mixtures with gasoline and diesel fuel. Petroleum has historically been the largest major energy source for total annual U.S. energy consumption. We use petroleum products to propel vehicles, to heat buildings, and to produce electricity.”). Conf. ENERGY INFORMATION ADMINISTRATION (s/f) “Oil and petroleum products explained. Use of oil,” Washington D.C.: U.S. Energy Information Administration. Disponible en: <https://www.eia.gov/energyexplained/oil-and-petroleum-products/use-of-oil.php> (último acceso: 1/2/2022). Cerca del 90% de la totalidad de los combustibles empleados para transporte provienen del crudo, conf. ORGANIZATION OF THE PETROLEUM EXPORTING COUNTRIES (2013) *I need to know – An introduction to the oil industry & OPEC*, Vienna, Austria: OPEC Secretariat, Public Relations & Information Department, second edition, p. 22.
- <sup>2</sup> Para Argentina, ver, en especial, Res. SEyM 120/2017 (B.O. 5/7/2017), Anexo, fig. 400.1 en p. 18. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/275000-279999/276521/res120.pdf> (último acceso: 1/2/2021)
- <sup>3</sup> ORGANIZATION OF THE PETROLEUM EXPORTING COUNTRIES (2013) *I need to know – An introduction to the oil industry & OPEC*, Vienna, Austria: OPEC Secretariat, Public Relations & Information Department, second edition, p. 43.

para transportarlo— usualmente están hechos de acero, <sup>4</sup> tienen un diámetro variable que puede llegar a, aproximadamente, 48 pulgadas (1200 milímetros), según los casos. <sup>5</sup> Ciertamente es que los oleoductos no tienen la flexibilidad de otros medios de transporte —como ser los camiones—, pero resultan más seguros. <sup>6</sup> Asimismo, tengamos en cuenta que lo que visualizamos mentalmente como tubería o cañería empleada para transferir el crudo de un lugar a otro integra algo que constituye un “sistema,” con sus tuberías usualmente enterradas, <sup>7</sup> con sus estaciones de bombeo e innumerables demás instalaciones necesarias para impulsar el crudo en la forma debida, en condiciones de seguridad. Se trata, sin duda, de una industria marcadamente capital-intensiva, ajena o extraña al concepto de “red,” e inseparable del concepto de “sistema.” <sup>8</sup>

En Argentina, el transporte de petróleo desde los yacimientos a las refinerías se efectúa por barcos petroleros o buques tanques, y por oleoductos. <sup>9</sup> En pos de la integración regional energética Argentina exporta petróleo

<sup>4</sup> Para Argentina, ver Res. SEyM 120/2017 (B.O. 5/7/2017), num. 423.2.3 en p. 36. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/275000-279999/276521/res120.pdf> (último acceso: 1/2/2022) También se admite otro tipo de material diferente del acero, con previa consulta, conf. Res. SEyM 120/2017 (B.O. 5/7/2017), num. 423.2.4 – 423.2.5 [R] Materiales diferentes del Acero, en p. 36.

<sup>5</sup> El oleoducto más extenso del mundo, Siberia Oriental – Océano Pacífico, o ESPO, tiene diámetros de 1067 a 1020 milímetros, según las secciones; los tramos ubicados en áreas con actividad sísmica tienen tres capas de polietileno extruido para prevención de pérdidas. Ampliar en SIN Autor (s/f) “The ESPO (Eastern Siberia Pacific Ocean) Oil Pipeline, Siberia, Russia”. Disponible en: <https://www.hydrocarbons-technology.com/projects/espopipeline/> (último acceso: 1/2/2022)

<sup>6</sup> Considérense los dos accidentes de transporte ferroviario de crudo en Canadá con dos meses de diferencia; ampliar en QUENNEVILLE, Guy (2020) “2 CP crude oil train crashes two months apart in same Sask. area: ‘Coincidence’ or ‘deeper problem?’” *CBC News*, 7/2/2020. Disponible en: <https://www.cbc.ca/news/canada/saskatoon/cp-train-crash-oil-guernsey-saskatoon-1.5454341> (último acceso: 1/2/2022)

<sup>7</sup> Se ha puesto de resalto la relevancia de colocar señales que permitan determinar la ubicación y profundidad de las cañerías de un oleoducto en *Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/ Provincia de Mendoza*, Fallos: 290: 225, del 12/11/1974.

<sup>8</sup> La doctrina ha rechazado la idea de “red” a efectos de referirse al sistema de oleoducto. Ello, en lo principal, en razón de la predictibilidad de lo que se cargará y transportará; en tal sentido, MAKHOLM, Jeff D. (2016) *The Political Economy of Pipelines*, Chicago and London: The University of Chicago Press, pp. 37-38.

<sup>9</sup> Los buques tanque parten de Tierra del Fuego, Santa Cruz, y el Golfo de San Jorge, hasta Bahía Blanca, Dock Sud y Campana. Los oleoductos comprenden los tramos: Puesto Hernández-Neuquén-Bahía Blanca, Bahía Blanca-Buenos Aires, Puesto Hernández-Luján de Cuyo. Conf. INSTITUTO ARGENTINO DEL PETRÓLEO Y EL

a Concepción (Chile) por un oleoducto de 424 km de longitud, el cual tiene origen en Neuquén y fue inaugurado en 1994.<sup>10</sup> Y, sin perjuicio de las prescripciones de la L. 17319 en materia de concesiones de transporte de hidrocarburos líquidos, el transporte por oleoductos se halla, en lo principal, reglado en el Dto. 44/1991, que contiene, como anexo, las normas particulares y condiciones técnicas para el transporte de hidrocarburos líquidos por ductos y a través de terminales marítimas y fluviales.<sup>11</sup>

## 1.2. Interrogante

Desde el plano del Derecho administrativo económico, los oleoductos, o ductos empleables para transportar crudo, constituyen infraestructuras que presentan el interrogante acerca de las razones para su concepción como monopolios naturales.

Este interrogante resultaría de relevancia si se considera la tesis de que el monopolio natural constituye justificativo de la regulación –o, en su caso, asociable al régimen del servicio público, con sus clásicos caracteres de continuidad, regularidad, uniformidad, generalidad y obligatoriedad<sup>12</sup> y, en especial, sus precios no libres sino altamente regulados como tarifas–.

---

GAS (2009) *El abecé del petróleo y el gas*, Buenos Aires: Instituto Argentino del Petróleo y el Gas, p. 15. Disponible en: [https://www.iapg.org.ar/web\\_iapg/publicaciones/libros-de-interes-general/el-abece-del-petroleo-y-del-gas](https://www.iapg.org.ar/web_iapg/publicaciones/libros-de-interes-general/el-abece-del-petroleo-y-del-gas) (último acceso: 1/2/2022)

Un mapa puede verse en MINISTERIO DE HACIENDA Y FINANZAS PÚBLICAS - SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA Y PLANIFICACIÓN DE DESARROLLO (2016) *Informes de cadenas de valor*, Año 1, N° 6, julio 2016, esp. p. 31. Disponible en: [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/sspe\\_cadena\\_de\\_valor\\_hidrocarburos.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/sspe_cadena_de_valor_hidrocarburos.pdf) (último acceso: 2/2/2022)

<sup>10</sup> INSTITUTO ARGENTINO DEL PETRÓLEO Y EL GAS (2009) *El abecé del petróleo y el gas*, Buenos Aires: Instituto Argentino del Petróleo y el Gas, p. 17 y p. 31. Disponible en: [https://www.iapg.org.ar/web\\_iapg/publicaciones/libros-de-interes-general/el-abece-del-petroleo-y-del-gas](https://www.iapg.org.ar/web_iapg/publicaciones/libros-de-interes-general/el-abece-del-petroleo-y-del-gas) (último acceso: 1/2/2022)

<sup>11</sup> Ver L. 17319 (B.O. 30/6/1967), esp. arts. 39 a 44; y Dto. 44/1991 (B.O. 11/1/1991), el cual puede ser considerado tanto un decreto reglamentario como un reglamento delegado pues en su último considerando expresa: “Que la Ley N° 23696, la Ley N° 17319 y los Decretos N° 1055/89, 1212/89 y 1589/89 otorgan facultades para el dictado del presente.”

<sup>12</sup> CASSAGNE, Juan Carlos (2018) *Curso de Derecho administrativo*, Buenos Aires: La Ley, décimo segunda edición actualizada, t. II, pp. 127-132; MARIENHOFF, Miguel S. (1993) *Tratado de Derecho administrativo*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, cuarta edición actualizada, t. II, pp. 63-85.



El transporte de hidrocarburos realizado por oleoductos, en Argentina, reglado en la L. 17319 y reglamentado por el Dto. 44/1991, se erige en actividad monopólica a tenor de los considerandos de éste último;<sup>13</sup> un servicio público<sup>14</sup> con sus tarifas<sup>15</sup> reguladas, con más sometimiento al régimen de *open access*<sup>16</sup> y la individualización de la *common carrier-facility*. El *open access* o acceso abierto se define como “un principio regulatorio por el cual la capacidad no usada, en una instalación hidrocarburífera, se abre al acceso por parte de terceros.”<sup>17</sup> *Common-carrier facility*, en cambio, es una calificación o adjetivación de la *facility* o instalación misma, y se la ha definido como “[i]nstalación de procesamiento, transporte, o almacenamiento hidrocarburífero so-

<sup>13</sup> El Dto. 44/1991 repara, en sus considerandos, en: “[q]ue el actual sistema de transporte de hidrocarburos por oleoductos (...) reviste características monopólicas (...).

Que tal característica monopólica exige garantizar los intereses y derechos de los usuarios del sistema de transporte, así como establecer un marco regulatorio y reglamentario de actividad, incluyendo éste a los cargadores y transportadores.”

<sup>14</sup> Dto. 44/1991, capítulo II, régimen de operación de oleoductos y poliductos, art. 9°: “El transporte de hidrocarburos líquidos será ejecutado como servicio público, asegurando el acceso abierto y libre sujeto a las disposiciones del presente Decreto, al sistema de transporte a todo aquel que lo requiera, sin discriminación y por la misma tarifa en igualdad de circunstancia, siempre que exista capacidad disponible, entendiéndose por ésta, la definida en el artículo 6° del presente Decreto.”

<sup>15</sup> Dto. 44/1991, capítulo II, régimen de operación de oleoductos y poliductos, art. 10: “Las tarifas percibidas por el transporte serán las aprobadas por la Autoridad de Aplicación y serán iguales para cualquier cargador, bajo similares circunstancias y condiciones respecto al tráfico de hidrocarburos líquidos de igual especificación, transportados por idéntica ruta.”

<sup>16</sup> L. 17319 (B.O. 30/6/1967), art. 43: “Mientras sus instalaciones tengan capacidad vacante y no existan razones técnicas que lo impidan, los concesionarios estarán obligados a transportar los hidrocarburos de terceros (...).”

Dto. 44/1991, art. 9°: “El transporte de hidrocarburos líquidos será ejecutado como servicio público, asegurando el acceso abierto y libre sujeto a las disposiciones del presente Decreto, al sistema de transporte a todo aquel que lo requiera (...), siempre que exista capacidad disponible, entendiéndose por ésta, la definida en el Artículo 6° del presente Decreto.” (los destacados no son del original)

<sup>17</sup> Voz “open access,” en ROBERTS, Peter (2019) *A Dictionary of Oil & Gas Industry Terms*, Oxford: Oxford University Press, p. 190. Esa apertura hacia los terceros se efectúa con base en la NTPA o en la RTPA. NTPA significa *negotiated third party access* o acceso negociado por parte de terceros, y RTPA significa *regulated third party access* o acceso regulado por parte de terceros.

De acuerdo con esta definición, el acceso abierto podrá ser: de base contractual, con lo que moraría en la regla de “libertad” constitucional de negociación contractual, o bien de base regulatoria, mandatoria o ineludible, con lo que –para quienes concebimos a la regulación económica como vinculada a la doctrina del servicio público con posterioridad a la reforma constitucional de 1994– moraría en la excepción de “doctrina del servicio público.”

bre la que pesa una obligación contractual o regulatoria de proveer acceso a todos los potenciales usuarios.”<sup>18</sup> Por ende, podría haber acceso abierto sin o con consagración del estatus de *common-carrier facility*. En Argentina, el oleoducto Allen-Rosales-La Plata se halla, literalmente, bajo ambos regímenes, de *open access* y *common carrier facility*.<sup>19</sup> De tal modo, se habrían consagrado, en forma confluyente y a modo de sinónimos, ambos regímenes. Ello confirmaría la situación de monopolio natural del respectivo oleoducto y, en general, su cometido de prestar un servicio público de transporte de crudo.<sup>20</sup> Y con ello, aquí podría concluir nuestra indagación.

Empero, cierta doctrina estadounidense ha puntualizado la frustración de aquellos que querrían ver un más competitivo uso y expansión del sistema de oleoductos existente en Estados Unidos.<sup>21</sup>

De allí que el presente trabajo, luego de reparar en la noción de regulación económica y en el concepto de monopolio natural, analizará los rasgos principales de un sistema de oleoducto en tanto monopolio natural y cuáles serían los problemas que tal calificación permitiría convenientemente superar.

<sup>18</sup> Voz “common-carrier facility,” en ROBERTS, Peter (2019) *A Dictionary of Oil & Gas Industry Terms*, Oxford: Oxford University Press, p. 76.

<sup>19</sup> El Dto. 2778/1990 previó, para el oleoducto Allen-Rosales-La Plata, en forma literal, el régimen de “acceso abierto (*‘common carrier’*)” para el transporte de petróleo. Ver Dto. 2778/1990 (B.O. 11/1/1991), anexo I, oleoductos y poliductos: “Allen-Rosales-La Plata. Asociación hasta un 50% con empresas privadas y bajo un sistema de acceso libre (*‘common carrier’*) para el transporte de petróleo.” Ver también Dto. 2408/1991 (B.O. 14/11/1991), por el que se separan Oleoducto Alen – Puerto Rosales, Oleoducto Puerto Rosales – La Plata y Terminal Marítimo Puerto Rosales.

<sup>20</sup> Bajo la Interestate Commerce Act estadounidense, la mayoría de los oleoductos interestaduais son *common carriers*. La Corte Suprema se ha referido al “servicio público de transporte de hidrocarburos” en *Cuestión de competencia por vía de inhibitoria planteada por Forestal Santa Bárbara S.R.L. en la causa Pan American Energy LLC Suc. Arg. c/ Forestal Santa Bárbara S.R.L. s/ demanda-expropiación*, Fallos: 329: 1969, del 30/5/2006.

<sup>21</sup> MAKHOLM, Jeff D.; OLIVE, Laura T. W. (2016) “The Politics of U. S. Oil Pipelines: The First Born Struggles to Learn from the Clever Younger Sibling,” *Energy Law Journal*, vol. 37: 409-427. Disponible en: [https://www.eba-net.org/assets/1/6/11-26-409-427-Makholm\\_Olive\\_-\\_FINAL\\_0.pdf](https://www.eba-net.org/assets/1/6/11-26-409-427-Makholm_Olive_-_FINAL_0.pdf) (ultimo acceso: 2/2/2022); en general, MAKHOLM, Jeff D. (2016) *The Political Economy of Pipelines*, Chicago and London: The University of Chicago Press.

## 2. REGULACIÓN ECONÓMICA

### 2.1. Noción

Regular, en términos cotidianos, implicará reglamentar o fijar reglas. En un estado organizado en forma federal, como Argentina, la regulación podrá ser competencia de la Nación o de las provincias, según medie o no interjurisdiccionalidad. En la medida en que se halle en juego esa interjurisdiccionalidad, la regulación recaerá en el Estado Nacional.<sup>22</sup>

### 2.2. Origen. Inserción constitucional en Argentina

La noción de regulación económica resulta de cuño anglo-norteamericano, e implica control, por parte del Estado, sobre una industria, su estructura, desempeño y prestación o performance (clásicamente requiriéndose un regulador independiente).<sup>23</sup> Pero esa noción –foránea, si se quiere– ha venido a quedar incorporada al plano constitucional argentino a partir de 1994 mediante el reconocimiento, en el texto de la Constitución Nacional posterior a la reforma constitucional de ese año, de los marcos “regulatorios” de los servicios públicos. La incorporación, al texto constitucional, de la referencia a los “marcos regulatorios” de los servicios públicos ha permitido arribar, en Argentina, al concepto de “regulación” –de los servicios públicos, en la especie–, ya despojado del calificativo “económico.”

De otra parte, “regulación” es una noción que nos coloca directamente frente a la figura del “monopolio natural” como clásica justificación de aquélla.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Se ha hecho hincapié en la regulación, por el Estado Nacional, del servicio de explotación y transporte de hidrocarburos (a efectos de distinguir entre esa regulación y un planteo expropiatorio que no impedía tales actividades) en el fallo citado en nota al pie 20. Asimismo, se ha calificado al régimen de hidrocarburos establecido por la L. 17319 (B.O. 30/6/1967) como régimen federal, conf. *Capex S.A. c/ Neuquén, Provincia del s/ acción declarativa de certeza*, Fallos: 330: 2470, del 29/5/2007; *Chevron San Jorge S.R.L. s/ inhibitoria en los autos 'Provincia del Nequén c/ Chevron San Jorge S.R.L. s/ acción declarativa'*, C.1795.XLII.ORI, no publicada en Fallos, del 4/12/2007; entre otros.

<sup>23</sup> BAILEY, Stephen J. (2002) *Public Sector Economics*, Houndmills, Basingstoke: Palgrave, second edition, p. 357; BREYER, Stephen G.; STEWART, Richard B.; SUNSTEIN, Cass R.; SPITZER, Matthew L. (2002) *Administrative Law and Regulatory Policy*, New York: Aspen Law, fifth edition, p. 22 (ubicando al fenómeno en el New Deal estadounidense).

<sup>24</sup> FUNDACIÓN DE INVESTIGACIONES ECONÓMICAS LATINOAMERICANAS (1999) *La regulación de la competencia y de los servicios públicos*, Buenos Aires: Fundación

### 3. CONCEPTO DE MONOPOLIO NATURAL

La noción de “regulación económica” habría sido vinculada con los monopolios naturales, tal que, según la doctrina, la existencia de monopolio natural habría venido a servir como justificación de aquella regulación.<sup>25</sup> En otras palabras, se regulan los monopolios naturales en razón de que éstos existen.

#### a) Cuándo hay monopolio natural

Existen diversas acepciones acerca de cuándo hay monopolio natural, y ellas se hallan interrelacionadas mutuamente:

- (i) se verifica cuando **una** gran compañía puede satisfacer la demanda de todo un mercado entero **a menor precio** que dos o más compañías más pequeñas;
- (ii) un monopolio natural en una situación en la cual **no puede haber más de un** proveedor de un bien en condiciones de **eficiencia**; en esta situación, la competencia haría que los costos y los precios aumenten;

---

de Investigaciones Latinoamericanas, p. 71 y ss., esp. p. 71, donde se explica: “En este capítulo se presenta una descripción general de la teoría de la regulación económica de servicios públicos. La metodología común es la búsqueda de los principios de la regulación óptima de tarifas y requerimientos de calidad para empresas que operan en mercados naturalmente monopólicos, donde la competencia no puede realizar la tarea. En dicho proceso se incorporan, sucesivamente, las restricciones inevitables (exógenas, vgr., información asimétrica y costos de transacción) y se explican las restricciones que se incorporan en el propio diseño de la regulación (endógenas, vgr., prohibición de subsidios, alcance limitado de la regulación, requerimientos de procedimientos, etc.”

<sup>25</sup> BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (2012) *Understanding Regulation*, Oxford: Oxford University Press, second edition, p. 15; OGUS, Anthony I. (2004) *Regulation. Legal Form and Economic Theory*, Oxford; Portland, Oregon: Hart, p. 32, y sus citas; BREYER, Stephen (1982) *Regulation and Its Reform*, Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, p. 15; BERG, Sanford V-TSCHIRHART, John (1988) *Natural Monopoly Regulation*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 21-22 y p. 307; FUNDACIÓN DE INVESTIGACIONES ECONÓMICAS LATINOAMERICANAS (1999) *La regulación de la competencia y de los servicios públicos*, Buenos Aires: Fundación de Investigaciones Latinoamericanas, p. 71-87, esp. p. 85: “Los servicios públicos han tenido históricamente características de monopolio natural y ello ha generado que la participación del Estado sea por medio de la propiedad pública de las empresas involucradas o bien por medio de la regulación de la actividad de empresas privadas.” (el destacado no es del original)

- (iii) consiste en una industria en la cual la escala mínima eficiente es una gran porción de la demanda total del mercado tal que habrá espacio para **una sola firma** que explotará a *full* toda la economía de **escala disponible** internamente;
- (iv) **una industria** en la cual la curva de costos promedio de largo plazo cae continuamente a medida de que se expande el *output* o producción.

b) Fundamentos Necesidad de regulación del monopolio natural

Breyer enseña que el monopolista restringirá su producción para que se eleve el precio y que es por eso que debe ser regulado; se lo regulará para que aumente el *output* y se evite el aumento del precio.<sup>26</sup>

Otros fundamentos para regular sobre la base de la existencia de un monopolio, especialmente natural, hacen a: la realización de transferencias indeseables de ingresos de los usuarios a los dueños de la firma; la necesidad de neutralizar la explotación del usuario en un medio en el cual la ausencia de competencia no permite acceder a garantías contra la indebida discriminación; evitar la concentración de poder en la firma monopolista, con sus previsibles consecuencias políticas y sociales.<sup>27</sup>

En Argentina, en opinión de la doctrina regulatoria, “los servicios públicos han tenido históricamente características de monopolio natural y ello ha generado que la participación del Estado sea por medio de la propiedad pública de las empresas involucradas o bien por medio de la regulación de la actividad de empresas privadas.”<sup>28</sup> Empero, la jurisprudencia habría adoptado una interpretación diversa: detectó servicio público aún median- do competencia.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> Conf. BREYER, Stephen (1998) “Typical justifications for regulation,” en Robert Baldwin; Colin Scott; Christopher Hood, *A Reader on Regulation*, Oxford: Oxford University Press, pp. 59-92, esp. p. 64.

<sup>27</sup> Conf. BREYER, Stephen (1998) “Typical justifications for regulation,” Robert Baldwin; Colin Scott; Christopher Hood, *A Reader on Regulation*, Oxford: Oxford University Press, pp. 59-92, esp. p. 65, donde se alude a *income transfer* o transferencia de ingresos; *fairness* o justicia; y *power* o poder.

<sup>28</sup> FUNDACIÓN DE INVESTIGACIONES ECONÓMICAS LATINOAMERICANAS (1999) *La regulación de la competencia y de los servicios públicos*, Buenos Aires: Fundación de Investigaciones Latinoamericanas, p. 71-87, esp. p. 85.

<sup>29</sup> Se sostuvo la tesis del servicio público sin monopolio natural en *Telmex Argentina S.A. c/ GCBA s/ acción meramente declarativa (art. 277 CCAyT) s/ recursos de apelación ordinario y de inconstitucionalidad concedidos*, Fallos: 344: 1769, del 8/7/2021, en el cual se afirmó que

#### 4. EL SISTEMA DE OLEODUCTO COMO MONOPOLIO NATURAL

El hilo conductor entre las diversas acepciones reseñadas, acerca de cuándo hay monopolio natural, sería que éste se verificará allí donde resulte más económico que haya *un solo prestador* o proveedor en razón del tipo de infraestructura empleada.<sup>30</sup> Tal extremo cual conduce a la consideración de las denominadas “economías de escala,” sobre las cuales ha insistido la doctrina económica.<sup>31</sup>

el hecho de que el servicio de telecomunicaciones sea prestado por diversas empresas privadas en un régimen de competencia –con una minuciosa regulación– no altera la calidad de servicio público reconocido a aquél por la L. 19798 ni excluye la protección dada por el legislador a través del art. 39 de ese ordenamiento –uso diferencial del suelo, subsuelo y espacio aéreo del dominio público nacional, provincial o municipal, con carácter temporario o permanente, previa autorización y exención de gravamen–. Del precedente *NSS SA c/ GCBA s/proceso de conocimiento*, Fallos: 337:858, del 15/7/2014, al que la Corte Suprema remite.

<sup>30</sup> VELJANOVSKI, Cento (2010) “Economic Approaches to Regulation,” en Robert Baldwin, Martin Cave, Martin Lodge (eds.) *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford: Oxford University Press, pp. 17-38, esp. p. 21: “Por el otro lado, es posible que una firma (un monopolio natural) pueda existir debido a los altos costos de infraestructura necesarios para construir, digamos, una cañería de agua o una red de distribución eléctrica (...).” En similar sentido, TRAIN, Kenneth E. (1997) *Optimal Regulation. The Economic Theory of Natural Monopoly*, Cambridge, Massachusetts y London, England: The MIT Press, p. 1: “Loosely defined, a natural monopoly exists when the costs of production are such that it is less expensive for market demand to be met with one firm than with more than one. In this situation it is optimal, from a cost perspective, to have only one firm. More fundamentally, a condition required for competition (that is, numerous firms) conflicts with the attainment of the benefits of competition (namely, production at the lowest possible cost, which requires one firm.” Ver, asimismo, DU MARAIS, Bertrand (2004) *Droit public de la régulation économique*, Paris: Presses de Sciences Po et Dalloz, p. 138.

<sup>31</sup> KAHN, Alfred (1993) *The Economics of Regulation*, Cambridge, Massachusetts, t. I, p. 123: “(...) [U]n monopolio natural es una industria en la cual las economías de escala –esto es, la tendencia a que los costos promedio decrezcan a medida de que más grande sea la firma productora– son continuas hasta el punto en que una compañía satisface toda la demanda.” TRAIN, Kenneth E. (1997) *Optimal Regulation. The Economic Theory of Natural Monopoly*, Cambridge, Massachusetts y London, England: The MIT Press, p. 5: “Un monopolio natural surge de (...) economías de escala.” SCHUMPETER, Joseph A. (2003) *Capitalism, Socialism and Democracy*, London, New York: Routledge, p. 100, donde alude a negocios de gran escala: “Y en este país, prácticamente se está haciendo al monopolio sinónimo de empresa de gran escala.”

#### 4.1. Economías de escala

Las economías de escala o *increasing returns* hacen a un concepto de larga data, estático, que se refiere al hecho de que, dados ciertos precios de *input*, a medida de que se expande el *output*, los costos promedio decaen; y tradicionalmente se entiende que aquellas firmas que gozan de economías de escala respecto de todo su *output* tendrían que ser considerados monopolios naturales.<sup>32</sup>

Sin embargo, hoy, economías de escala no es sinónimo de monopolio natural.<sup>33</sup> En primer lugar, tenemos que tener en cuenta que las economías de escala no son estrictamente patrimonio exclusivo de las *public utilities* o de los servicios públicos: no serían condición suficiente para que haya monopolio natural; cualquier firma privada, como ser quien fabrica computadoras, alimento canino, o una cadena de lavado y secado de ropa, puede alcanzar economías de escala.<sup>34</sup>

#### 4.2. Economías de escala y sistema de oleoducto

Ha señalado MAKHOLM que “los ductos parecerían ser la quintaesencia del monopolio natural. (...) [U]n solo ducto es la forma menos costosa de servir al mercado por cualquier cantidad concebible cargada.”<sup>35</sup>

Sin embargo, el autor citado también menciona la opinión de aquellos economistas que entienden que el transporte por ductos tendría que ser objeto de desregulación.<sup>36</sup>

Las alternativas, entonces, para el transporte de crudo por ductos, podrían hipotéticamente transitar desde la doctrina de las *public utilities*, con

<sup>32</sup> BONBRIGHT, James C.; DANIELSEN, Albert L.; KAMERSCHEN, David R. (1988) *Principles of Public Utility Rates*, Arlington, Virginia: Public Utilities Reports, second edition, p. 21.

<sup>33</sup> BONBRIGHT, James C.; DANIELSEN, Albert L.; KAMERSCHEN, David R. (1988) *Principles of Public Utility Rates*, Arlington, Virginia: Public Utilities Reports, second edition, p. 24.

<sup>34</sup> BONBRIGHT, James C.; DANIELSEN, Albert L.; KAMERSCHEN, David R. (1988) *Principles of Public Utility Rates*, Arlington, Virginia: Public Utilities Reports, second edition, p. 20.

<sup>35</sup> MAKHOLM, Jeff D. (2016) *The Political Economy of Pipelines*, Chicago and London: The University of Chicago Press, p. 29.

<sup>36</sup> MAKHOLM, Jeff D. (2016) *The Political Economy of Pipelines*, Chicago and London: The University of Chicago Press, p. 30.

sus tarifas reguladas, por un lado, hasta el libre mercado, y los precios que se transan en él, por el otro.

### 4.3. *Conveniencia de concebir al sistema de oleoducto como monopolio natural*

Diversos extremos respaldarían la conveniencia de la concepción de los oleoductos de transporte de crudo como monopolios naturales:

#### 4.3.1. El problema de la duplicación de sistemas

Generarían aumento del costo del servicio: La competencia, en materia de oleoductos, requeriría duplicación de las instalaciones. Esta duplicación aumentaría el costo del servicio al público al limitar cuánto se podría beneficiar cada firma por medio de las economías de escala. En otras palabras, el usuario cargador tendría que pagar más por el servicio de transporte para que se honre la competencia. El universo de cargadores es numéricamente reducido, con lo que la distribución de esos mayores costos podría resultar desproporcional.

Generarían efectos ambientales y aumento de riesgos: La duplicación de instalaciones generaría eventuales efectos ambientales y aumentaría los riesgos, que al menos se duplicarían.

Generarían efectos de tenor estético: La duplicación de instalaciones también generaría objeciones en materia de estética o de vista. Si bien las cañerías de un oleoducto se hallan enterradas, no ocurriría lo mismo con otras instalaciones visibles.

##### 4.3.1.1. Constitucionalidad de las restricciones a la duplicación de instalaciones y al ingreso de "entrantes"

En virtud de la inconveniencia de la duplicación de instalaciones, puede, teóricamente, limitarse válidamente la "entrada" de nuevos prestadores en el mercado del transporte de crudo. Empero, a los fines de restringir esas entradas, tiene que considerarse el "horizonte" del mercado respectivo: (i) limitar la entrada podría significar que no "entre" un nuevo oleoducto cerca de donde está el oleoducto en cuestión (duplicación de instalaciones); (ii) limitar la entrada podría significar considerar "todos" los medios por medio de los cuales podría ser transportado el hidrocarburo



líquido (sistema de oleoducto, camiones, vagones, etc.) y limitar la entrada de cualquiera de esos "diversos medios de transporte" de crudo.<sup>37</sup>

Tanto el evitar duplicación de instalaciones como las restricciones a la entrada han sido medidas convalidadas judicialmente en punto a su constitucionalidad.<sup>38</sup>

#### 4.3.2. El problema de las eventuales rentas derivadas de las "economías de escala" (localización del mercado)

Tenemos que tener en cuenta que las rentas derivadas de las economías de escala que podría desarrollar el titular de un oleoducto no serían infinitas: habría limitaciones derivadas de la localización del mercado, y limitaciones físicas.

Respecto de las limitaciones derivadas de la localización del mercado, tengamos en cuenta que, así como se puede extender una línea de transporte en alta tensión, o se puede extender un gasoducto, se puede extender un oleoducto. Pero no se puede "mudar" o "trasladar" un oleoducto pues los usuarios del sistema de oleoducto (cargadores, que cargan petróleo crudo en éste) tienen una localización predeterminada y conforman, junto con el sistema de oleoducto (ya de por sí "localizado"), un mercado localizado.<sup>39</sup> En la especie, se tratará de un mercado localizado asociado a

<sup>37</sup> Se trataría de algo similar a lo que ocurre cuando se considera el transporte de cargas, y se toma en cuenta que las cargas pueden ser transportadas en camiones, aviones, ferrocarriles, etc. También sería similar a lo que acontece en materia de envío de encomiendas, ya que coexisten, con el correo oficial, a efectos del transporte de las mismas, los correos privados, los buses o colectivos de larga distancia, camiones, y vuelos que pueden transportarlos.

<sup>38</sup> Idaho Power & Light Co. v. Blomquist, 26 Idaho 222, 141 p. 1083 (1914), esp. p. 252 Disponible en: <https://cite.case.law/idaho/26/222/> (ultimo acceso: 1/2/2022): "The public mind has been so long impregnated with the idea that competition is the only relief against oppressive monopoly, it is difficult for the people to understand, without some thought and study, that such oppressive monopoly may be removed by fair and just regulation, and where a utility corporation has had no competition in a city or town and a duplicate plant is proposed for serving the same city or town and by its promoters better rates are offered, it is but natural for the people to want the reduced rates, and to encourage the erection of a duplicate plant. But experience shows that such duplication must be paid for by the community. But if a public utilities commission can establish reasonable rates, both for the corporation and the users of its product, it will in the end be better for all concerned than cut-throat competition."

<sup>39</sup> Sobre la localización del mercado como característica de un monopolio natural, ver BONBRIGHT, James C.; DANIELSEN, Albert L.; KAMERSCHEN, David R. (1988)

los campos de petróleo en explotación, donde surgirá el fluido que luego será cargado y transportado por un ducto. Si apareciera un nuevo campo de petróleo en un lugar lejano carente de oleoducto, no parecería lógico “mudar” o “trasladar” un oleoducto existente en explotación localizado en otro lugar, sino proveer a la construcción de uno nuevo, propio del nuevo mercado (sin perjuicio de la disponibilidad de otros medios de transporte de crudo). El factor localización del mercado —de tenor rígido, si se quiere—, entonces, operaría como límite a las economías de escala que podría desarrollar un sistema de oleoducto dado, ya construido. Ello, por cierto, considerando sólo el transporte de crudo por oleoducto (e incluso por vagones ferroviarios al efecto), pues el transporte de crudo por camiones o buques poseería cierta cuota de flexibilidad de la cual carecería el oleoducto (y el sistema ferroviario mencionado) y el mercado creado alrededor de él (o ellos).

Por ende, no habría economías de escala en el oleoducto.

#### 4.3.3. El problema de las eventuales rentas derivadas de las “economías de escala” (condiciones físicas del sistema)

Respecto de las limitaciones físicas, el Estado regula, ejemplificativamente, el diámetro y materiales de las cañerías, entre otros muchos aspectos, que incluyen los compromisos de inversiones. De tal modo, si bien a mayor diámetro más se podría bombear y transportar, hasta alcanzar el nivel de rentabilidad ideal o incluso superarlo, las limitaciones y exigencias físicas pre-establecidas pondrían límites a los aparentemente infinitos beneficios de las teóricas economías de escala que anidarían en el sistema de oleoducto como monopolio natural.<sup>40</sup>

Por ende, tampoco habría economías de escala en el oleoducto consideradas esas limitaciones.

#### 4.3.4. El problema de las rentas infinitas derivadas de las economías de escala

Además de las limitaciones ya apuntadas, relativas a la localización y a los aspectos físicos de el sistema de oleoducto, la experiencia demuestra

<sup>40</sup> *Principles of Public Utility Rates*, Arlington, Virginia: Public Utilities Reports, second edition, pp. 20-21.  
Ver notas al pie 3 y 5, *supra*.

que se ha implementado un régimen de tarifas reguladas, a aprobar por un organismo estatal, con lo que no se estaría ante precios de mercado sino ante precios altamente regulados.

Aquí puede marcarse un importante punto de aparente divergencia y de clara confluencia entre la experiencia argentina y la estadounidense.

Si se considera un oleoducto en explotación en Argentina, se verificaría una regulación por tarifas máximas (*price caps*), con las particularidades propias del tipo de infraestructura involucrada, en un medio que aparecería vinculado a la doctrina del servicio público.<sup>41</sup>

En Estados Unidos, país al que resulta ajena y extraña la doctrina del servicio público, existen, al presente, diversos sistemas de fijación de las *rates* de un oleoducto o diversas metodologías a los fines de la fijación de las mismas:<sup>42</sup>

- (i) *initial rates* o tarifas iniciales;<sup>43</sup>
- (ii) *indexed rates* o tarifas indexadas anualmente;<sup>44</sup>

<sup>41</sup> Ver, al respecto, Dto. 44/1991, esp. art. 7º, inc. d) y, en especial, inc. e). En relación con éste último, por Dto. 115/2019 (B.O. 8/2/2019), art. 1º, se establece, que las tarifas referidas en dicho inc. e) se ajustarán cada cinco años; si con anterioridad a la finalización de ese período ocurriera variaciones significativas en los indicadores de base para los cálculos tarifarios, a solicitud del concesionario, esas tarifas podrán ser revisadas por la Autoridad de Aplicación; para el financiamiento y amortización de nuevas inversiones, la Autoridad de Aplicación podrá contemplar un período mayor para la vigencia del cálculo tarifario.

<sup>42</sup> Se sigue, en general, WEBB, Michael-HOFF, Amy (2018) Regulatory Basics for Oil Pipelines, Association of Oil Pipe Lines Workshop, CBL and Regulatory Economics Group LLC, Sept. 26, 2018, esp. "Rate Setting Methodologies". Disponible en: [http://www.regllc.com/publications/2018%2009%2026%200930%20Regulatory%20Basics%20for%20Oil%20Pipelines%20-%202018\\_final.pdf](http://www.regllc.com/publications/2018%2009%2026%200930%20Regulatory%20Basics%20for%20Oil%20Pipelines%20-%202018_final.pdf) (último acceso: 1/2/2022)

<sup>43</sup> 18 C.F.R. § 342.2. "A carrier must justify an initial rate for a new service by: a) Filing a cost-of-service to support such rate, or b) Filing a sworn affidavit that the rate is agreed to by at least one non-affiliated shipper who intends to use the service in question (a negotiated rate)."

<sup>44</sup> 18 C.F.R. § 342.3. "A rate may be changed, at any time, to a level not to exceed the ceiling level. (i) The current period ceiling level equals the product of the previous index year's ceiling level and the most recent index published by the Commission. (ii) Index published prior to June 1 of each year. (iii) The annual index is currently the Producer Price Index for Finished Goods + 1.23 (subject to appeal). (iv) This index applies to the five-year period from July 1, 2016 through June 30, 2021. (v) FERC reviews the index every five years. (vi) Shippers may protest an index adjustment if  $\text{Change in the Index} - \text{Change in Cost} > +10\%$ . Example:  $\text{Index} = 9\%$   $\text{Costs} = -2\%$ :  $9 - (-2) = +11\%$  (remember two negatives make one positive). The Commission accepted protests

- (iii) *grandfathered rates*; <sup>45</sup>
- (iv) *settlement rates* o tarifas acordadas; <sup>46</sup>
- (v) *market-based rates* o tarifas basadas en el mercado; <sup>47</sup>
- (vi) *cost-of-service rates* o tarifas basadas en el costo del servicio, que adopta dos modalidades: costo original depreciado o *depreciated origianl cost*, y una variación de éste: *trended original cost*. <sup>48</sup>

En esta enumeración, la modalidad *market-based rates* o tarifas basadas en el mercado podría hacer creer que se estaría ante una situación casi de mercado con precios casi libres, de mercado. Pero no es así: MAKHOLM ha señalado que, si bien la autoridad regulatoria Federal Energy Regulatory Commission ha permitido tales precios en más de una docena de ductos para transporte de más de una docena de derivados del petróleo, nunca lo hizo para el transporte de crudo por oleoductos. <sup>49</sup>

---

*for a couple of pipelines that were slightly over the 10% threshold. These pipelines withdrew their increase and re-flied a slightly lower increase that kept them below the 10% threshold."*

<sup>45</sup> Energy Policy Act of 1992, Section 1803(a), conforme a la cual se considera justa y razonable "cualquier tarifa en vigencia por el período de 365 días que concluya en la fecha de sanción de esta Ley (...) si la tarifa en vigencia (...) no ha sujeta a protesta, investigación, o impugnación durante tal período." En el original, "[A]ny rate in effect for the 365-day period ending on the date of the enactment of this Act ... if the rate in effect... has not been subject to protest, investigation or complaint during such period.). A grandfathered rate can be challenged if: (i) a substantial change has occurred after October 24, 1992, in the economic circumstances of the oil pipeline which were a basis for the rate, or (ii) a substantial change has occurred after October 24, 1992, in the nature of the services provided which were the basis of the rate. Grandfathered rates are more important for older pipelines, especially if they have not significantly changed their rates since 1992. Maintaining records is particularly important."

<sup>46</sup> 18 C.F.R. § 342.4. "A carrier may change a rate without regard to the ceiling level if the proposed change has been agreed to, in writing, by each person who, on the day of the filing of the proposed rate change, is using the service covered by the rate."

<sup>47</sup> 18 C.F.R. § 342.3. "(i) Carrier must demonstrate that it lacks significant market power in the origin market and the destination market; (ii) filing requirements established in 18 C.F.R. § 348; (iii) FERC rules require a relatively lengthy application. If the application is approved, the may set rates at whatever level the market will bear."

<sup>48</sup> 18 C.F.R. § 342.4. "(i) Carrier must show that there is a substantial divergence between the actual costs experienced by the carrier and the rate resulting from the application of the index such that the rate at the ceiling level would preclude the carrier from being able to charge a just and reasonable rate within the meaning in the Interstate Commerce Act; (ii) filing requirements established in 18 C.F.R. §346."

<sup>49</sup> MAKHOLM, Jeff D. (2016) *The Political Economy of Pipelines*, Chicago and London: The University of Chicago Press, p. 75: "Ultimately, the FERC has permitted 'market-based rates' on more than a dozen oil products pipelines, but not for crude oil pipelines."

En los hechos, entonces, no existirían, en el orden federal, en Estados Unidos, *market-based rates* que hayan sido fijadas para tal clase de transporte de crudo por oleoductos.

Por ende, no existirían, en el contexto estadounidense, supuestos en que el transportador establezca las tarifas a cualquier nivel que el mercado tolere y ello mantendría a los oleoductos dentro del *corset* de la regulación —y las restantes metodologías de fijación de tarifas— justificada cuando media monopolio natural.

A todo evento, una “solución competitiva” para las tarifas y servicios de oleoducto, en Estados Unidos, constituye una materia contenciosa,<sup>50</sup> en permanente desarrollo interpretativo.<sup>51</sup>

#### 4.3.4.1. Constitucionalidad de intervención estatal en la aprobación de tarifas

Su constitucionalidad ha sido convalidada desde antiguo, tanto en Estados Unidos como en Argentina. Así, la Corte Suprema estadounidense en *Nebbia*<sup>52</sup> con las precisiones de *Hope*,<sup>53</sup> y la Corte Suprema argentina en *Ercolano*<sup>54</sup> y en *Gomez*.<sup>55</sup>

<sup>50</sup> BONBRIGHT, James C.; DANIELSEN, Albert L.; KAMERSCHEN, David R. (1988) *Principles of Public Utility Rates*, Arlington, Virginia: Public Utilities Reports, second edition, p. 12.

<sup>51</sup> Ver un detalle de las opciones permitidas por el regulador (la FERC), y su continuo desarrollo interpretativo administrativo y judicial en: FEDERAL ENERGY REGULATORY COMMISSION (2014) *Introduction to Staff Legal Handbook on Market-Based Rates for Oil Pipelines*, first edition, prepared by John P. Perkins, III, July 2014. Disponible en : <https://www.ferc.gov/sites/default/files/2020-07/full-mbr-oil.pdf> (último acceso: 2/2/2022)

<sup>52</sup> *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502 (1934): “Price control, like any other form of regulation, is unconstitutional only if arbitrary, discriminatory, or demonstrably irrelevant to the policy the Legislature is free to adopt, and hence an unnecessary and unwarranted interference with individual liberty.”

<sup>53</sup> *Federal Power Commission et al. v. Hope Natural Gas Co.*, 320 U.S. 591 (1944): “The rate-making process under the Act, i.e., the fixing of ‘just and reasonable’ rates, involves a balancing of the investor and the consumer interests. (...) [T]he investor interest has a legitimate concern with the financial integrity of the company whose rates are being regulated. From the investor or company point of view it is important that there be enough revenue not only for operating expenses but also for the capital costs of the business. These include service on the debt and dividends on the stock. (...) By that standard the return to the equity owner should be commensurate with returns on investments in other enterprises having corresponding risks. That return, moreover, should be sufficient to assure confidence in the financial integrity of the enterprise, so as to maintain its credit and to attract capital. (...) The conditions under which more or less might be allowed are not important here. Nor is it important to this case to determine the various permissible ways in which any rate base on which the return is computed might be arrived at. For we are of the view

En el caso de los oleoductos, la autoridad regulatoria que tiene jurisdicción sobre las tarifas de los oleoductos es, desde 1977, la FERC, con las modificaciones de 1992;<sup>56</sup> y, en Argentina, desde el dictado del Dto. 44/1991, quien aprueba las tarifas es la Autoridad de Aplicación respectiva.

## 5. EN SÍNTESIS

Existen diversas formas de transporte de crudo a través del sistema respectivo. Éste, a su vez, en tanto infraestructura, presenta el interrogante acerca de las razones para su concepción como monopolio natural. Tal interrogante resulta de interés en tanto una de las justificaciones de la regulación económica es, precisamente, el monopolio natural. A su vez, adentrarnos en tal interrogante permite indagar en cuáles serían los concretos beneficios derivados de concebir al sistema de transporte de crudo como monopolio natural.

La doctrina económica ha estudiado detalladamente cuándo hay monopolio natural. En Argentina, a su vez, la doctrina regulatoria, con apoyo en la experiencia histórica, vincula al monopolio natural con la doctrina de los servicios públicos, pero cierta jurisprudencia habría expandido el campo de acción de aquel concepto para, incluso, comprender actividades en competencia.

---

*that the end result in this case cannot be condemned under the Act as unjust and unreasonable from the investor or company viewpoint."*

<sup>54</sup> Ercolano, Agustín c/ Lanteri Renshaw, Julieta, Fallos: 136: 161, del 28/4/1922: "Ya no se considera discute el poder del Estado para ejercer eficaz contralor sobre los precios de aquellos servicios que interesan en alto grado a la sociedad y que por su naturaleza, o por las consiciones en que se prestan, constituyen necesariamente negocios monopolizados."

<sup>55</sup> Gomez, Juan B. c/ Empresa del Ferrocarril Central Córdoba, Fallos: 146: 207, del 21/5/1926: "[T]oda concesión del Estado para la explotación de servicios públicos que importe un monopolio aun cuando sólo sea virtual —como es el caso de los ferrocarriles, lleva implícita la condición de que sus precios o tarifas están sometidos al contralor de la autoridad administrativa correspondiente."

<sup>56</sup> Ver Department of Energy Organization Act of 1977, Pub. Law 95-91, 91 Stat. 565, 584, y ver Energy Policy Act of 1992, Pub. Law 102-486. Ampliar en BIANCHI, Alberto B. (2001) *La regulación económica*, Buenos Aires: Ábaco, p. 182; PHILLIPS, Charles F., Jr. (1993) *The Regulation of Public Utilities. Theory and Practice*, Arlington, Virginia: Public Utilities Reports, p. 91; p. 144. Antes de 1977, las regulaba la Interstate Commerce Commission; en cambio la antecesora directa de la FERC, la FPC o Federal Power Commission, no tenía competencia para aprobar las tarifas de los oleoductos.

El monopolio natural se verificará allí donde resulte más económico que haya *un solo prestador* o proveedor en razón del tipo de infraestructura empleada. Pero no sería sinónimo de economías de escala.

Diversos extremos respaldarían la conveniencia de la concepción de los oleoductos de transporte de crudo como monopolios naturales, y en tal contexto la experiencia extranjera demuestra que no existirían, en el orden federal, en Estados Unidos, *market-based rates* que hayan sido fijadas para el transporte de crudo por oleoductos. Por ende, no existirían, en el contexto estadounidense, supuestos en que el transportador establezca las tarifas a cualquier nivel que el mercado tolere y ello mantendría a los oleoductos dentro del *corset* de la regulación –y las restantes metodologías de fijación de tarifas– justificada cuando media monopolio natural.

La constitucionalidad de la fijación de tarifas ha sido admitida tanto por la Suprema Corte estadounidense como por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina. En el caso de los oleoductos, la autoridad regulatoria que tiene jurisdicción sobre las tarifas de los oleoductos es, desde 1977, la FERC, con las modificaciones de 1992; y, en Argentina, desde el dictado del Dto. 44/1991, quien aprueba las tarifas es la Autoridad de Aplicación respectiva.

