

Rodolfo C. Barra

Eduardo Baura de la Peña

Juan Carlos Cassagne

Mario Ciaccia

Patricio Colombo Murúa

Paolo Comanducci

Ugo De Siervo

Giuseppe F. Ferrari

Abel Fleming

Armando Isasmendi

Miriam M. Ivanega

Eduardo Mertehikian

Claudio Mignone

Cesare Mirabelli

Daniel M. Nallar

Martín Plaza

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas

Alejandro Rossi

Estela B. Sacristán

Guido S. Tawil

Victor Uckmar

Massimo Vari

Francesca Zannotti



**PRIMERAS JORNADAS
ÍTALO-ARGENTINAS
DE DERECHO PÚBLICO**

Directores:

Cesare Mirabelli

Rodolfo C. Barra

Organizadas por:

Universidad Católica de Salta

Ciudad de Salta

23, 24 y 25 de agosto de 2006

Año XXX - 350

CUESTIONES POLÍTICAS, POLITIZACIÓN, PUBLIFICACIÓN EN LAS TARIFAS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.

Estela B. Sacristán

I. Introducción.

Comienzo esta exposición con un agradecimiento: a las autoridades de la Universidad Católica de Salta, y en especial al Dr. Rodolfo C. Barra, por la generosa invitación a compartir estas reflexiones sobre tres aspectos de las tarifas de los servicios públicos que parecerían ser de relevancia en el presente, en especial en punto a su adecuada diferenciación y valoración.

Esos aspectos comprenden, por un lado, aquellas *cuestiones políticas*, irrevisables judicialmente, que pueden hallarse ínsitas en una decisión tarifaria; por el otro, la *politización* hacia la cual pueden verse arrastradas las tarifas; y, en tercer lugar, la *publificación* que pueden sufrir las mismas.

La importancia en la distinción de estos tres renglones radica en cuál es el posicionamiento de los distintos órganos y entes del Estado en torno a ellos, cuestión que debe ser cuidadosamente desbrozada y delimitada, y también radica, en un plano práctico, en cuáles son sus efectos hacia los usuarios.

A tal fin, y en el marco de un ordenado acercamiento al tema, se toman por sentadas ciertas nociones ya conocidas, entre las cuales cabe recordar:

(i) que las tarifas son listas de precios¹, asociadas en nuestro país a los servicios públicos, por lo que si bien son precios sujetos a razonable regulación estatal, son, al

¹ Mairal, Héctor A., “La determinación de las tarifas en la concesión de servicios públicos”, en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Universidad del Museo Social Argentino, Año I, noviembre 1971, N° 2, p. 53; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho administrativo*, T. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, 4ª edición actualizada, p. 137; Cassagne, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, T. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot – Lexis Nexis, 2002, 7ª edición actualizada, p. 312, n. 71 y su

mismo tiempo, un derecho del prestador privado que integra su derecho de propiedad constitucional²;

(ii) que las tarifas ofrecen, en el desarrollo histórico jurisprudencial³, una naturaleza no única, pasándose por épocas de mayor privilegio de su componente contractual entre concedente y prestador, y por épocas de marcada unilateralidad reglamentarista que fagocita el lado contractual, fenómeno que halla su máxima expresión en la prestación estatal o publicación de la prestación;

(iii) que a las tarifas son aplicables diversos principios, entre los que sobresale el de justicia y razonabilidad⁴, medie prestación privada o prestación estatal; y, finalmente,

cita; Ariño Ortiz, *Principios de Derecho público económico (Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica)*, Granada, Comares, 1999, p. 529; Bianchi, *La regulación económica*, T. I, Buenos Aires, Ábaco, 2001, p. 327. También se ha señalado que precio y tarifa pueden ser equivalentes: García de Enterría, Eduardo, “Sobre la naturaleza de la tasa y las tarifas de los servicios públicos”, en *Revista de Administración Pública*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, septiembre-diciembre 1953, Año IV, N° 12, pp. 129-157, especialmente p. 131; Canosa, Armando, “Algunas reflexiones acerca de la prestación del servicio público y la retribución del concesionario (Una visión desde los servicios de transporte)”, en *EDA* 2000/2001, pp. 405-417; criterio otrora adoptado por la Corte Suprema en “Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones de Empleados y Obreros Ferroviarios c/ Ferrocarril Central Argentino”, *Fallos*: 152: 385 (1928), especialmente p. 413.

² Arg. “Bourdieu c/ Municipalidad de la Capital”, *Fallos*: 145: 307 (1925), especialmente p. 328.

³ Puede ampliarse en nuestro “Naturaleza jurídica de las tarifas. Sistemas tarifarios”, en AA VV, *Servicio público, policía y fomento*, edición de las Jornadas homónimas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2004, pp. 795-844.

⁴ Acerca del mentado principio en el específico campo de las tarifas y su significado, ver Mairal, “La determinación...”, *op. cit.*, p. 53 y sigs., especialmente p. 54. Asimismo, pueden verse Bielsa, Rafael, *Estudios de Derecho administrativo*, T. I, Buenos Aires, Depalma, 1950, p. 479 y sigs.; Marienhoff, Miguel S., *Tratado...*, *op. cit.*, T. II, p. 146 y sigs.; Grecco, Carlos M., “Potestad tarifaria, control estatal y tutela del usuario (A propósito de la privatización de ENTel)”, en *ReDA*, Buenos Aires, Depalma, 1990, N° 5, p. 481 y sigs.; Kaufman, Gustavo A., “Tarifas de servicios públicos”, en *El Derecho*: 127:919; Huici, Héctor M., “Acerca de la *publicatio* como integrante del concepto de servicio público”, en *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, Vol. 53-2, Buenos Aires, Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, 1993, pp. 105-114, especialmente pp. 112-113; Urrutigoity, Javier, “Retribución en los servicios públicos”, en AAVV, *Los servicios públicos*, Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 63 y sigs., especialmente p. 111; Budassi, Iván F., “El control de razonabilidad en la doctrina de la CSJN”, en *ReDA*, Buenos Aires, Depalma, 1996, N° 21/23, p. 211 y sigs., especialmente p. 219 y sigs.; Budassi, Iván F., “Licencias y concesiones – Un estudio comparativo entre los sistemas del Reino Unido y la Argentina”, en *ReDA*, Buenos Aires, Depalma, 1997, N° 24/26, p. 227 y sigs., especialmente p. 245; Bianchi, Alberto B., “La tarifa en los servicios públicos (Del *rate of return* al *price-cap*)”, en *ReDA*, Buenos Aires, Depalma, 1998, N° 27/29, p. 35 y sigs., especialmente p. 39, y en *Contratos administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, p. 503 y sigs., especialmente p. 505; Maljar, Daniel E., “Las tarifas telefónicas (con motivo del Decreto N° 92/1997)”, en *El Derecho*: 173:1117-1137, especialmente sección 2; Barra, Rodolfo C., “Servicios públicos y regulación. La concesión aeroportuaria”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap–*: 252:9 (1999); Vispo, Adolfo, *Los entes de regulación – Problemas de diseño y contexto. Aportes para un debate urgente en la Argentina*, Buenos Aires, Flacso, Norma, 1999, p. 37; Cuadros, Oscar A., *Bases constitucionales de la regulación pública*, San Juan, Universidad Católica de

(iv) que las tarifas serán razonablemente reguladas, y a tal fin existe una pluralidad de modos de regulación⁵. Ellos pueden permitir cumplir, de una u otra forma y en menor o mayor grado, con el resultado eficiente del Artículo 42 CN, en beneficio del usuario; todo lo cual justifica también que deban ser también reguladas cuando media prestación estatal, a fin de que guarden arreglo con dicha previsión constitucional.

Ahora, las tarifas de los servicios públicos ofrecen, como se adelantó, no sólo un sustancial perfil reglado, sino que además moran en ellas aspectos de política económica; asimismo, en ocasiones, se las percibe politizadas o teñidas de una finalidad política, eleccionaria o populista; y también hemos presenciado, no hace mucho tiempo, cómo las tarifas de ciertos servicios o cómo ciertos servicios públicos, y las tarifas a ellos asociadas, se han reinsertado en la publicación. Veamos con mayor detalle cada uno de estos supuestos, pues son de importancia en el marco de la experiencia argentina, especialmente por lo que significan para los usuarios.

II. Núcleos políticos de la decisión tarifaria.

Cuando se estudia la regulación de las tarifas es normal detectar, entre medio de las previsiones legales que reglamentan u ordenan la industria de que se trate, ciertas decisiones de claro tinte político, que bien armonizan con la doctrina que reconoce la existencia de las llamadas cuestiones de política económica, irrevisables judicialmente, y que inciden en el capítulo relativo a los precios o tarifas.

Se trataría de núcleos decisionales políticos tarifarios, y entre ellos cabe anotar:

Cuyo, Fondo Editorial de la Universidad Católica de Cuyo, 1999, p. 134 y sigs.; Bevillaqua, Norma, “La regulación económica y régimen tarifario en los servicios públicos”, en AAVV, *Contratos administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, p. 522 y sigs., especialmente p. 527; Tawil, Guido S., “Licencia y contrato como título habilitante para la prestación del servicio público”, en AAVV, *Contratos administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, p. 457 y sigs., especialmente p. 474; Tawil, Guido S., “Avances regulatorios en América Latina: Una evaluación necesaria”, en *EDA* 2000/2001, pp. 380-404, especialmente pp. 392-394 y n. 60; Alemany, Jorge F., “La cuestión de las tarifas (A propósito del caso Maruba)”, en *EDA* 2000/2001, pp. 580-609; Comadira, Julio R., *Derecho administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, Buenos Aires, Lexis Nexis – Abeledo- Perrot, 2003, 2ª edición actualizada y ampliada, p. 641; Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho administrativo*, T. II, Buenos Aires, FDA, 2006, 8ª edición, p. VI-20 y sigs.; Boullaude, Gustavo, “Facultades de los entes reguladores en materia tarifaria”, en Pérez Hualde, Alejandro – Emili, Ernesto N. – Lara, Andrea – Boullaude, Gustavo – Rodríguez, Sergio, *Servicios públicos y organismos de control*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, pp. 229-257, especialmente pp. 231-234; así como nuestro “El concepto de tarifa justa y razonable”, en Comadira, Julio R. (dir.), *El Derecho Administrativo*, 2000/2001, p. 510.

⁵ Ampliar en Laffont, Jean-Jacques – Tirole, Jean, *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press, 1993.

(i) El modo en que se llevará adelante la privatización de un negocio estatal⁶: ésta puede concretarse mediante venta sumada a inserción en la desregulación, en cuyo caso la firma adjudicataria pasará a actuar en el mundo privado del mercado con precios fijados por la oferta y la demanda, en aquel ámbito donde mora plenamente la regla de *in dubio pro libertate*⁷. También puede privatizarse un servicio público, percibiendo el concesionario o licenciataria –sujeto a regulación–, por la prestación del servicio declarado servicio público, una tarifa, que es un precio regulado. Estos dos distintos supuestos permiten ver que en un caso la decisión política es garantizar precios libres, de mercado, y en el otro, someter a tarifas reguladas en el respectivo marco regulatorio-contractual. Razones de coherencia del sistema impiden aplicar a los primeros regulaciones –por ejemplo, de precios– propias de los segundos, y en el caso de los segundos, debe diferenciarse el servicio público declarado tal, que preste la firma, de otros servicios que ejecute y que no hayan sido previamente objeto de tal declaración.

(ii) La adopción, en una concesión de servicio público o en una licencia, de un régimen de exclusividad o monopolio artificial temporal a los fines del éxito de la operación privatizadora: éste es el caso de la exclusividad, con tarifas reguladas, dada en el servicio básico telefónico de telefonía fija, exclusividad de la cual gozaran las respectivas licenciataria hasta noviembre del año 2000; con la verificación de la llegada de la efectiva competencia, es el mercado el ámbito en el cual se fijan los precios⁸.

(iii) Garantías de consumo mínimo: también es una decisión de política económica decidir si al prestador privado del servicio público se le garantizará un consumo mínimo, o no. Por ejemplo: puede concederse bajo un contrato de concesión de obra pública por peaje una ruta con obligatoriedad de prestar el servicio bajo condiciones de igualdad, garantizándose un tránsito mínimo⁹, cuya ausencia suscita el correspondiente ingreso llamado subsidio; o bien puede concluirse igual contrato, pero sin garantía alguna de tránsito mínimo, con lo cual aumenta el riesgo de la firma prestadora del servicio¹⁰.

⁶ Ampliar en Mairal, Héctor A., “Privatización de empresas públicas”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap–*: 134:13 (1989).

⁷ Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho constitucional*, T. I, Buenos Aires, La Ley, 2006, 2ª edición actualizada y ampliada, pp. 126-127. Allí puntualiza: “[...] En caso de duda cuando agotada la aplicación de todas las reglas de interpretación no resulta posible arribar a una solución precisa y clara, la determinación que se adopte para el caso concreto debe ser en salvaguarda de la libertad comprometida por aplicación del principio ‘*in dubio pro libertate*’ [...]. El análisis de los límites provenientes de la reglamentación, debe ser restrictivo y no extensivo”.

⁸ “Los Prestadores podrán fijar libremente las tarifas y/o precios de los servicios brindados, para categorías objetivas de Clientes, las que deberán aplicarse con carácter no discriminatorio, garantizando la transparencia de los precios que apliquen a cada uno de los servicios que brinden al público” (Art. 11.1. del Anexo I del Decreto N° 764/2000).

⁹ Posibilidad oportunamente vedada por Decreto N° 823/1989 (BO 02-10-1989), Art. 9.b.

¹⁰ Ver nota N° 9.

(iv) Modo de regulación tarifaria: asimismo, es una decisión de índole político-económica la relativa a la adopción de un determinado modo o sistema de regulación de las tarifas de un servicio público. Por ejemplo, puede establecerse un régimen de regulación de la rentabilidad del prestador (*rate of return*), o un régimen de regulación del precio máximo y su reajuste (*price-caps*), o mediante una combinación de ambos, entre otros muchos supuestos¹¹.

(v) En el supuesto de los *price-caps*, una decisión de contenido político es la determinación del objetivo de eficiencia inicial, que rige durante el primer período. Ese objetivo podrá ser fijado por el regulador en forma adecuada, contemplando el acomodamiento de la firma al ámbito geográfico donde se desempeñe, entre otros factores; o bien en forma harto exigente, en cuyo caso es probable que la operación privatizadora fracase, o bien en forma en extremo laxa, en cuyo caso no estará la firma incentivada hacia un rendimiento eficiente. Lo mismo en el caso del objetivo de eficiencia, no ya inicial sino redeterminado periódicamente: su fijación podrá mantener en pie la decisión privatizadora, o significar una exigencia tal que el negocio se torne inviable, o representar tal laxitud que ninguna eficiencia se garantice a los usuarios¹².

Todos estos supuestos contienen un núcleo decisional político, de política económica, y resultan ajenos a las decisiones que trasuntan una politización de las tarifas, o utilización política de las mismas. Veamos.

III. Politización de las tarifas.

Las tarifas suelen hallarse en la agenda política, y es por ello que pueden leerse párrafos como el siguiente: “Asimismo, se deberá poner en marcha la metodología más apropiada para la implementación de la denominada tarifa social, de tal manera que proteja adecuadamente los requerimientos mínimos de consumo energético teniendo en cuenta la exigua capacidad de pago del segmento social de sectores de bajos recursos que deben tener los beneficios del servicio”¹³.

También puede leerse: “Con 797.000 potenciales beneficiarios se puso en marcha el abono social que permite a los titulares de programas de ingreso social y beneficiarios de pensiones el viaje con tarifa reducida en los servicios ferroviarios subterráneos y de superficie en el área metropolitana [...]. En cuanto a tarifas, se ha diseñado un

¹¹ Ampliar en Tawil, Guido S., “Avances regulatorios en América Latina: Una evaluación necesaria”, en *EDA* 2000/2001, p. 380 y sigs.

¹² Weyman-Jones, Thomas G., “Regulating the Privatized Electricity Utilities in the UK”, en Clarke, Thomas y Pitelis, Christos (eds.), *The Political Economy of Privatization*, Londres, Routledge, 1993, p. 98 y sigs., especialmente p. 104; Baldwin, Robert – Cave, Martin, *Understanding Regulation – Theory, Strategy and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 233.

¹³ Jefatura de Gabinete de Ministros, *Memoria anual detallada del estado de la Nación 2005 (Art. 104, CN)*, Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios – Documentos anexos, p. 29, Subsecretaría de Energía Eléctrica.

modelo de equilibrio que no afecta a los consumidores residenciales de luz y gas en ningún incremento”¹⁴.

Pero hay otras ocasiones en que las tarifas son utilizadas con claros fines populistas, ajenos al contrato que vincula a las partes. En un caso laudado en sede del CIADI –la referencia es al caso “Azurix”–, el respectivo laudo recogió, en su motivación, pluralidad de hechos que trasuntan politización tarifaria o utilización de las tarifas para meros fines políticos, eleccionarios o populistas.

Así, puede leerse: “Para concluir, el [regulador] dio una interpretación al contrato de concesión que no concordaba con los conceptos de tarifa, precios y facturas que le servían de fundamento, ni con la información proporcionada a los licitantes en el momento en que éstos preparaban sus propuestas. La decisión del [regulador] denota, al parecer, más preocupación por las consecuencias políticas de la eliminación de los coeficientes que por cumplir los términos del contrato de concesión” (par. 92); “[...] las autoridades provinciales estaban más preocupadas por los efectos políticos que por la aplicación de los términos del contrato de concesión” (par. 102); “[...] Las más altas autoridades provinciales [...] procuraron interferir, con fines políticos, en la operación de la concesión, obligando a [la empresa] a no remitir facturas a los usuarios o amenazando al personal del [regulador] por haber levantado la interdicción sobre la facturación [...]” (par. 144); “[...] Se invitó a los clientes a no pagar las facturas [...]. Lo mismo puede decirse de las amenazas públicas contra funcionarios [...] por permitir que [la empresa] reanudara la facturación de los servicios a los clientes [...]. Estos ejemplos demuestran la politización de la concesión [...]” (par. 319).

IV. Publicación de la materia tarifaria.

Este tercer renglón abarca pluralidad de medidas que demuestran diversos grados de intervención económica en el esquema regulatorio-contractual originario, y todas ellas corresponden a la experiencia argentina en el campo que nos ocupa.

Esas medidas fueron preanunciadas con la suspensión cautelar del reajuste por el *índice* previsto en todas las licencias de transporte y distribución de gas¹⁵, índice que había sido aplicado sin cuestionamientos durante los nueve años anteriores¹⁶. Y se han generalizado con decisiones que denotan intensa intervención:

¹⁴ Mensaje del Excmo. Señor Presidente de la Nación a la Honorable Asamblea Legislativa, 01-03-2006.

¹⁵ CNACAF, Sala IV, Causa N° 28.067/2000 “Consumidores Libres –Coop. Ltda. de Prov. de Serv.– Incid. Med. c/ Telefónica de Argentina y otro s/ proceso de conocimiento”, del 04-10-2001, quejas de las licenciatarias y del PEN desestimadas por la Corte Suprema el 28-03-2000; CNACAF, Sala V, Causa N° 39.674/2000, “Defensor del Pueblo de la Nación - Incidente de Med. c/ EN - PEN - M° E. – Decreto N° 1.738/1992 y otro s/ proceso de conocimiento”, del 05-10-2001; con recursos extraordinarios del Estado Nacional, del Enargas y de las firmas terceras interesadas, contra la medida cautelar, declarados mal concedidos, y con recursos de hecho rechazados por la Corte Suprema el 24-05-2005.

¹⁶ Ver Tawil, Guido S., “El control judicial sobre los servicios públicos”, en AAVV, *Control de la Administración pública*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2003, pp. 571-583, especialmente p. 581.

- *pesificación, congelamiento y renegociación* de tarifas de contratos de concesión de servicios públicos y de licencias que tienen por objeto tal clase de servicio¹⁷;

- *obliteración de los marcos regulatorios preexistentes* a efectos de la renegociación¹⁸;

- *injerencia de la administración centralizada* en materia tarifaria en desmedro de las competencias de fuente de rango legal del regulador¹⁹.

Específicamente, cabe anotar la tendencia hacia la publicación en las medidas que siguen:

- utilización de fondos total o parcialmente estatales para obras de infraestructura de *transporte de electricidad*²⁰;

¹⁷ Ley N° 25.561 (BO 07-01-2002), Artículos 8° y 9°: “Dispónese que a partir de la sanción de la presente ley, en los contratos celebrados por la Administración pública bajo normas de derecho público, comprendidos entre ellos los de obras y servicios públicos, quedan sin efecto las cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras y las cláusulas indexatorias basadas en índices de precios de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio. Los precios y tarifas resultantes de dichas cláusulas, quedan establecidos en pesos a la relación de cambio un peso (\$) = un dólar estadounidense (US\$ 1)”. “Autorízase al Poder Ejecutivo nacional a renegociar los contratos comprendidos en lo dispuesto en el Artículo 8° de la presente ley. En el caso de los contratos que tengan por objeto la prestación de servicios públicos, deberán tomarse en consideración los siguientes criterios: 1) el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos; 2) la calidad de los servicios y los planes de inversión, cuando ellos estuviesen previstos contractualmente; 3) el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios; 4) la seguridad de los sistemas comprendidos; y 5) la rentabilidad de las empresas”.

Decreto N° 214/2002, cuyo Artículo 1° reza: “A partir de la fecha del presente decreto quedan transformadas a Pesos todas las obligaciones de dar sumas de dinero [...] expresadas en dólares estadounidenses [...] existentes a la sanción de la Ley N° 25.561 y que no se encontrasen ya convertidas a Pesos”.

¹⁸ Ley N° 25.790 (22-10-2003), Art. 2°: “Las decisiones que adopte el Poder Ejecutivo nacional en el desarrollo del proceso de renegociación no se hallarán limitadas o condicionadas por las estipulaciones contenidas en los marcos regulatorios que rigen los contratos de concesión o licencia de los respectivos servicios públicos”.

¹⁹ Res. MPFIPS N° 2000/2005 (BO 22-12-2005), anotada por Boullaude, Gustavo, “Un paso atrás en la independencia funcional de los organismos de control de servicios públicos de competencia nacional”, en *ReDA*, Buenos Aires, Lexis Nexis – Depalma, 2006, N° 57, pp. 846-855.

²⁰ Puede verse la Ley N° 25.822 (BO 10-12-2003), cuyo Artículo 1° ratifica y establece como de realización prioritaria el Plan Federal de Transporte Eléctrico (Resoluciones SE Nros. 174/2000, 175/2000, 178/2000 y 182/2000), que fuera incluido en el Artículo 49 y anexos de la Ley N° 25.565 y sus fuentes de financiamiento. Dicho Artículo 49, Ley N° 25.565, aprueba los flujos financieros y el uso de fondos fiduciarios integrados total o mayoritariamente por bienes y/o fondos del Estado Nacional para el ejercicio, en cumplimiento del Artículo 2°, inc. a), Ley N° 25.152, de responsabilidad fiscal. Este inciso establece que la Ley de Presupuesto General de la Administración Nacional contendrá, entre otros ítems, los flujos financieros que se originen por la constitución y uso de los fondos fiduciarios; todo ello, sin perjuicio de lo prescripto en las Leyes Nros. 24.156 y 24.629. Véase, asimismo, la Resolución SE N° 23/2005, por la cual se constituye el fondo fiduciario para atender a la financiación de las ampliaciones de transporte, a administrar por CAMMESA. La incidencia en el Presupuesto 2006 se reseña en Rebossio, Alejandro, “Aumentarán un 40% la inversión pública en infraestructura”, en *La Nación*, 19-09-2005, sección II, p. 3. Cfr. Natale, Alberto A., “La oscuridad está a la vista”, en *La Nación*, 19-07-2005, sección I, p. 19.

- fideicomisos promovidos o implementados por el gobierno, en el sector del *transporte y distribución de gas*²¹ no obstante la vigencia del Artículo 16 de la Ley N° 24.076;
- creación de una productora de propiedad mixta, dotada, además, de facultades para prestar servicios públicos tales como *transporte y distribución de gas y de electricidad*²²;
- reasunción de la prestación del servicio interurbano de *transporte ferroviario de pasajeros* de largo recorrido, interjurisdiccional²³;
- creación de un empresa estatal de *correo* oficial hasta la reprivatización respectiva, que continúa siendo prorrogada²⁴, con lo que habría una reestatización de hecho;
- rescisión y transferencia de una concesión de *transporte ferroviario* de pasajeros a una unidad de gestión operativa hasta tanto se relicite aquella²⁵;
- injerencia gubernamental en la construcción y explotación de redes de *distribución de gas* en las provincias²⁶;
- posibilidad de reingreso estatal en la prestación de *servicios públicos* en tanto socio de socios privados bajo una asociación público-privada²⁷;
- creación de una empresa estatal de *agua y cloacas*, que reasume “transitoriamente” la operación y prestación del servicio otrora prestado por una concesionaria privada, cuyo contrato de concesión se rescinde²⁸;
- sanción de una ley de *cargos específicos*²⁹ a fijar por el Poder Ejecutivo Nacional, para remunerar inversiones, cargos que integran fondos que no son ni del Tesoro ni

²¹ Resolución ENRG N° 2877/2003, y Decreto N° 180/2004 y Resolución MP N° 185/2004.

²² Ley N° 25.943 (BO 03-11-2004); Decreto N° 1.692/2004.

²³ Decreto N° 1.261/2004.

²⁴ Decreto N° 1.075/2003, de rescisión, instruyendo la reprivatización; Decreto N° 721/2004, de constitución del Correo Oficial de la República Argentina Sociedad Anónima (CORASA) y prórroga de la reprivatización; Decreto N° 635/2005 de prórroga hasta diciembre del 2005; Decreto N° 1.758/2005, de prórroga hasta junio del 2006; Decreto N° 1.087/2006, de prórroga hasta julio del 2007.

Ampliar en Balbín, Carlos F., “Régimen jurídico de las actividades empresariales del Estado. Las empresas absorbidas por el Estado”, en AAVV, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2005, pp. 625-637, especialmente pp. 629-630.

²⁵ Decreto N° 798/2004. Ver, asimismo, las medidas cautelares en CNACAF, Sala III, “Asociación Protección Consumidores Transportes Públicos c/ EN - M° Planificación”, del 14-12-2004, y CNACAF, Sala IV, “Transportes Metropolitanos Gral. San Martín S.A.”, del 16-09-2004.

²⁶ Decreto N° 1.094-2003, del 03-07-2003, suscripto por el Sr. Gobernador de la Provincia de Buenos Aires.

²⁷ Decreto N° 967/2005, Art. 2°, inc. d). Como antiguo antecedente de tal posibilidad, puede verse la Ley N° 24, del 27-06-1855 (ADLA 1852-1880, Tomo 1-1073, especialmente p. 115), que autorizaba al Poder Ejecutivo a conceder el privilegio de la construcción de un ferrocarril (Art. 1°), quedando, asimismo, “autorizado para hacerse partícipe de esa empresa como *accionista*, por el número de acciones que le permita el estado del Tesoro Público” (Art. 2°).

²⁸ Decreto N° 303/2006, especialmente Art. 2°; Decreto N° 304/2006.

²⁹ Ley N° 26.095.

de las prestadoras privadas, y sobre los cuales el Poder Ejecutivo rinde cuentas al órgano de representación política por excelencia: el Congreso³⁰.

De tal modo, si por publicar se entiende convertir en público lo privado³¹, puede apuntarse que este escenario, a primera vista, evidencia, por un lado, (i) la publicación de ciertos servicios públicos, casi a contramano de la opinión doctrinaria³², y sin visos de desmonopolización o de apertura a la competencia donde fuere posible; y también trasunta (ii) la publicación del renglón tarifario en especial –mas no exclusivamente– en lo relacionado a las inversiones que éstas enjugan, con balcones al quiebre de la equidad económica³³, entre otros extremos.

Esa publicación, a su vez, se inserta en el marco de desplazamiento de la decisión tarifaria de su ámbito natural por razones de especialidad –v. gr., el ente regulador– hacia los órganos políticos, lo cual se ha logrado mediante la Ley N° 25.790 y la Resolución MPFIPS N° 2000/2005, entre otros instrumentos normativos.

Según la Ley N° 25.790, “las decisiones que adopte el Poder Ejecutivo Nacional en el desarrollo del proceso de renegociación no se hallarán limitadas o condicionadas por las estipulaciones contenidas en los marcos regulatorios que rigen los contratos de concesión o licencia de los respectivos servicios públicos”. De tal modo, y como puntualizara Mertehikian, se han sacrificado las competencias de los entes reguladores³⁴, y el resultado evidente es el mentado desplazamiento, que hace caso omiso de la experiencia y conocimientos acumulados por los entes reguladores a favor de la actuación política. Y a ello se suma otra consecuencia disvaliosa del artículo citado, pues echa por tierra años de jurisprudencia protectora de los derechos emergentes de los contratos, amén de habilitar la orgánica de derogación de marcos regulatorios de rango formalmente legal –como los de las Leyes Nros. 24.076 o 24.065–, con agravio a la presunción de legitimidad democrática máxima y de constitucionalidad de dichas leyes.

³⁰ Según el Artículo 8° de la Ley N° 26.095, corresponde al Poder Ejecutivo Nacional *informar* a ambas Cámaras del Congreso de la Nación, sobre la conformación y aplicación de los cargos específicos creados por la presente ley. Ese informe abarca: a) El monto total de la inversión y plazo de ejecución de la/s obra/s en cuestión; b) El monto y modalidad del cargo tarifario a aplicar, así como el mecanismo de ajuste y actualización del mismo, en la medida que resulte necesario, a fin de atender el repago de las inversiones y las erogaciones asociadas a las mismas que se devenguen con motivo de la ejecución de las obras de infraestructura energética contempladas en el Artículo 1° de la presente ley; c) La determinación del fondo fiduciario al cual se incorporará el producido del mismo.

³¹ Ampliar en Barra, Rodolfo C., *Reforma del Estado*, separata de *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Separata del Apéndice VII, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1995, pp. 1-2.

³² “Evitar la renacionalización” es una de las reflexiones propiciadas por Gordillo, Agustín, “Las tarifas en los servicios públicos privatizados. El régimen de audiencias públicas”, en Lorenzetti, Ricardo L. – Schötz, Gustavo J. (coords.), *Defensa del consumidor*, Buenos Aires, Ábaco, 2003, pp. 115-123, especialmente p. 116.

³³ Sobre tal concepto puede verse Bonbright, James C. – Danielsen, Albert L. – Kamerschen, David R., *Principles of Public Utility Rates*, Arlington, Virginia, Public Utilities Reports, 1988, 2ª edición, p. 568.

³⁴ Mertehikian, Eduardo, “Servicios públicos, emergencia, delegación legislativa, renegociación y aprobación ficta por el Congreso (a propósito de las Leyes Nros. 25.561, 25.790 y 25.820)”, en Gordillo, Agustín (dir.), *El contrato administrativo en la actualidad*, Buenos Aires, La Ley, 2004, pp. 79-85, especialmente p. 83.

Al mismo tiempo, la Resolución N° 2000/05³⁵ ha solidificado la ya mencionada injerencia de la administración centralizada en materia tarifaria en desmedro de las competencias de fuente de rango legal del regulador y, además, en desmedro de la seguridad jurídica. En efecto, como destacara Boullaude, en opinión que compartimos, “la resolución comentada, en definitiva, representa un paso atrás en la independencia que la doctrina reclama para los organismos de control de los servicios públicos, objetivo que la reforma constitucional de 1994 estableciera en la norma del Artículo 42”³⁶.

V. Inserción constitucional de la prestación estatal.

La publicación de la prestación del servicio público parecería una materia típicamente irrevisable judicialmente, propia del género de las cuestiones políticas, de política económica, que moran en el ámbito de decisiones de oportunidad de un gobierno: como decisión política, no sería ni aprobable ni reprochable en sí misma en la medida en que se respeten los derechos de propiedad de la concesionaria o licenciataria otrora prestadora³⁷. Desde el punto de vista de los usuarios, y apelando a términos cotidianos, si un servicio público es prestado eficientemente, debería resultar indistinto que lo preste un concesionario o licenciatario, o bien una empresa estatal. Y tal opción deventraría una decisión de neto corte político, otrora corporizada en la Ley N° 23.696, y hoy modificada –bajo un ropaje normativo o, de modo más preocupante, de hecho– a tenor de la enumeración efectuada en la sección precedente.

Ahora, ¿qué significa esa decisión política de publicación del servicio público hoy? ¿Qué efectos tiene hacia las tarifas? ¿Se ha modificado la situación con respecto a la anterior a la reforma constitucional de 1994?

Hoy nos encontramos con una manda constitucional que tiñe en forma definitiva la *performance* del prestador privado o estatal, indistintamente: tal la manda de eficiencia a calidad dada prevista en el Artículo 42 CN. También contamos hoy con una prestación estatal que –más que teórica, constitucionalmente– debe ser controlada por un controlador especializado independiente (Art. 42 CN). Asimismo, nos topamos hoy con una prestación estatal, actual o futura, que no cuenta con fondos de financiamiento provenientes del Tesoro a ejecutar a discreción; antes bien, rige en tal sentido la garantía, debida a los contribuyentes, de una gestión eficiente de los recursos públicos (Art. 4° , inc. a), Ley N° 24.156³⁸) que,

³⁵ Resolución MPFIPS N° 2000/2005 (BO 22-12-2005), anotada por Boullaude, Gustavo, “Un paso atrás en la independencia funcional de los organismos de control de servicios públicos de competencia nacional”, en *ReDA*, Buenos Aires, Lexis Nexis – Depalma, 2006, N° 57, pp. 846-855.

³⁶ Boullaude, “Un paso atrás...”, *op. cit.*, pp. 846-855, especialmente p. 855.

³⁷ Sobre esta afirmación puede verse Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación argentina – Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2005, 3ª edición ampliada y actualizada, pp. 207-208: “La importancia de la doctrina de la Corte Suprema radica en la aplicación de esa regla [de reconocimiento de derechos propietarios derivados de un contrato de concesión] a todos los contratos privados y públicos y en particular a las concesiones de servicios públicos”.

³⁸ Se consulta Mertehikian, Eduardo, *Ley de administración financiera y control de gestión*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2004, 10ª edición, p. 42.

por cierto, son muy diferentes del pálido control político en materia de cargos tarifarios³⁹. No se puede, en este breve trabajo, indagar en todos estos aspectos. Por ello, detengámonos, solamente, en la cuestión del financiamiento de las inversiones mediante fondos del Tesoro, pues en él se pone en juego el servicio no sólo para el usuario actual sino para el usuario intergeneracional.

El prestador estatal del servicio público puede ser concebido de dos maneras: como una firma que, semejando una firma privada, apunta a obtener ganancias; mas también puede ser concebido como “empresa (estatal) a-lucrativa”. Esta última expresión, de claridad meridiana, es de Barra, y resulta de suma utilidad en este desarrollo. En efecto, el citado jurista diferencia que la empresa no obtenga ganancias, por un lado, y que la empresa renuncie a obtener ganancias, por el otro: “Aclaremos que la empresa pública es ‘a-lucrativa’, pero no ‘anti-lucrativa’. Es decir, la actividad empresarial pública, en una concreta empresa, podría obtener ganancias, y debería obtenerlas si ello fuese posible sin traicionar los fines de bien común que justifican aquella gestión [se omite nota al pie]. De manera que ‘a-lucrativa’ quiere significar que el objetivo no es la ganancia, pero que no debe renunciar a ella si, cumpliendo con los fines estratégicos políticos que justifican la creación de la empresa pública, tal ganancia, ocasional o permanente, pudiese ser lograda”⁴⁰.

De ello se pueden colegir diversas consecuencias, de interés para esta sección, y entre ellas se podrían mencionar las siguientes:

(i) la empresa estatal prestadora del servicio público percibirá tarifas, pues no es su deber prestar servicios gratuitamente: no existe una manda constitucional que establezca que el servicio público deba ser prestado a tarifa cero;

(ii) esas tarifas deben, al menos, cumplir con los principios generalmente admitidos en la materia, por lo que deben ser justas y razonables⁴¹, sin indebidas discrimina-

³⁹ Ver nota N° 30.

⁴⁰ Barra, Rodolfo C., *Tratado de Derecho administrativo*, T. III, Buenos Aires, Ábaco, 2005, pp. 365-366. Se omite la nota al pie del final de la cita.

⁴¹ Así, por ejemplo, el Artículo 2° de la Ley N° 24.065, *BO* 16-01-1992, *ADLA* LII-A, p. 82 y sigs., establece: “Fíjense los siguientes objetivos para la política nacional en materia de abastecimiento, transporte y distribución de electricidad: [...] d) regular las actividades del transporte y la distribución de electricidad, asegurando que las tarifas que se apliquen a los servicios sean justas y razonables”. Y el Artículo 40 de la misma ley prescribe: “Los servicios suministrados por los transportistas y distribuidores serán ofrecidos a tarifas justas y razonables, las que se ajustarán a los siguientes principios [...]”. Véanse, asimismo, los incisos a), b) y d) del citado Artículo 40, así como los Artículos 41, 44 y 48 de la citada ley; y el Artículo 48 del Decreto N° 1.398/1992, *BO* 11-08-1992, *ADLA* LII-C, p. 3077 y sigs. A su vez, el Artículo 2° de la Ley N° 24.076, *BO* 12-06-1992, *ADLA* LII-B, p. 1583 y sigs., establece: “Fíjense los siguientes objetivos para la regulación del transporte y distribución del gas natural. Los mismos serán ejecutados y controlados por el Ente Nacional Regulador del Gas que se crea por el Artículo 50 de la presente ley: [...] d) Regular las actividades del transporte y la distribución de gas natural, asegurando que las tarifas que se apliquen a los servicios sean justas y razonables de acuerdo a lo normado en la presente ley”.

ciones⁴², proporcionales⁴³, con respeto de los principios de equilibrio⁴⁴ e indiferencia, en un marco de juridicidad⁴⁵, con la debida publicidad⁴⁶; en su caso, se establecen excepciones a la igualdad por razones de equidad para proveer a los usuarios que no pueden pagar la tarifa⁴⁷;

(iii) como la empresa estatal prestadora del servicio público debe cumplir con la manda de eficiencia del Artículo 42 CN, garantía a favor de los usuarios, la tarifa deberá apuntar a generar ganancias –la empresa no es anti-lucrativa– en un marco de prestación eficiente a calidad prefijada.

Cuando la prestadora estatal deje de percibir ganancias, y se torne necesario apelar a los fondos estatales:

(i) no existirán fondos oficiales ilimitados para el giro de la empresa estatal, pues el Artículo 4º, inc. a), Ley N° 24.156, establece el eficiente empleo de los recursos públicos como garantía para los contribuyentes;

(ii) de ello se sigue que esos recursos públicos proveerán los fondos para nutrir las cuentas –por ejemplo, destinadas a inversiones– del prestador estatal cuando éste deje de percibir ganancias, pero sólo en la medida en que se cumpla con la manda de eficiencia;

(iii) y esa manda puede cumplirse implementando una fórmula para regular los aportes estatales.

De allí a concebir algún modo de regulación de los ingresos de la empresa estatal no ya en concepto de tarifas de los usuarios, sino en concepto de aporte estatal, habría escasa distancia. La experiencia británica demuestra cómo se han implementado *price-caps* que regulan la tarifa de la empresa estatal de correo –Royal Mail–, bajo la mirada

⁴² Ha señalado Gelli, *Constitución de la Nación argentina...*, *op .cit.*, p. 182, refiriéndose a la igualdad en general, que se trata, esencialmente, de un concepto valioso, pero incompleto. Considérese, solamente, que, por ejemplo, el pliego correspondiente a la licitación pública nacional e internacional para la concesión de la Terminal 6, Puerto Nuevo, Buenos Aires, Resolución MPFIPyS N° 2.135/2005, especifica, en su Anexo V *in fine*, luego de expresarse las tarifas por los diversos servicios en dólares estadounidenses, que “en caso de tratarse de operaciones vinculadas con mercaderías de cabotaje o no relacionadas con el comercio internacional, las mismas se abonarán el 62.5% de los valores descriptos precedentemente”, con lo que el oferente estaría sometándose voluntariamente, al ofertar, a un régimen que discrimina pero no indebidamente.

⁴³ El Pliego citado en nota N° 42, Anexo V, especifica valores tope según diversos parámetros: U\$S/TRN x día; U\$S/contenedor; U\$S/tn.; U\$S/cajón, etc.

⁴⁴ Pliego citado en nota N° 42, Artículo 37: “Obteniendo[se] una rentabilidad adecuada a la inversión realizada”.

⁴⁵ Pliego citado en nota N° 42, Artículo 38.1: “Toda modificación del tarifario y de tarifas deberá ser previamente notificada a la AGPSE para su aprobación [...]. Una vez aprobada, deberá ser publicada [...]”.

⁴⁶ Pliego citado en nota N° 42, Artículo 38.1 (véase nota N° 45).

⁴⁷ Puede ampliarse en Trebing, Harry M., “Equity, Efficiency, and the Viability of Public Utility Regulation”, en Sichel, Werner y Gies, Thomas (eds.), *Applications of Economic Principles in Public Utility Industries*, University of Michigan, 1981, p. 31 y sigs.

de Postcomm, ente de regulación y control respectivo, para beneficio de los usuarios⁴⁸. Por cierto, ello, mediante una fórmula del estilo $RPI - X$, que contempla la aplicabilidad de un índice, amén del establecimiento de un objetivo de eficiencia para el prestador estatal. De igual modo, en nuestro país se podría, en forma sencilla, concretar una regulación del ingreso de la empresa estatal mediante esa fórmula, especialmente adaptada a la regulación de los aportes estatales a recibir por aquélla.

A tal fin, debería consagrarse legislativamente la actualización mediante un índice –cuyo reconocimiento se impone, pues el índice de precios al consumidor sufrió variaciones en el 2002 (40.8%), 2003 (3.7%), 2004 (6.1%), 2005 (12.3), 2006 (5.5% hasta la mitad del año)– y debería aplicársele al prestador estatal un objetivo de eficiencia, tal como se le aplicara a las concesionarias y licenciatarias privadas. La fijación de un objetivo explícito de eficiencia estaría destinada a presionar contra el aporte de fondos estatales a modo de *cap*. Así, los aportes oficiales para enjugar inversiones no podrían ser ilimitados y mucho menos ineficientes.

VI. Síntesis.

Las cuestiones políticas ínsitas en las tarifas, así como su politización, o la eventual decisión de publicación del servicio público y de la tarifa, surten efectos que, de una u otra manera, no pueden ser soslayados.

Decisiones tales como privatizar con regulación, o desregular; establecer un monopolio artificial o exclusividad hasta la llegada de la competencia; decidir si se garantizará o no al prestador un consumo mínimo; decidir mediante qué modo de regulación se regularán las tarifas; o fijar el objetivo de eficiencia en el marco de los *price-caps*, son todos supuestos en los que anida una decisión política, de política económica.

Ellos deben ser bien diferenciados de aquellos supuestos que trasuntan una politización de las tarifas, o utilización política, con fines populistas, de las mismas.

Finalmente, el pasado reciente muestra marcada intervención y modificación –con fundamentos en la emergencia– en los marcos regulatorio-contractuales de los prestadores privados. Resulta preocupante, en especial, la neutralización de los marcos regulatorios mediante la Ley N° 25.790, así como la marcada e inconstitucional injerencia de la administración centralizada en materia tarifaria en desmedro de las competencias de fuente de rango legal del regulador y, además, en desmedro de la manda constitucional del Artículo 42.

⁴⁸ Sujeta a la regulación del regulador postal Postcomm bajo la *Postal Services Act 2000* en punto al servicio universal, y a los *price-caps* que dicho regulador fija. *Royal Mail Group plc* tiene forma de “*public limited company wholly owned by the Government*”, esto es, empresa pública de responsabilidad limitada de propiedad 100% estatal.

En el supuesto de prestación estatal del servicio público, la adaptación de los *price-caps* para regular los ingresos de la empresa estatal salvaguarda lo que el Artículo 42 CN garantiza a los usuarios. A su vez, la posibilidad de regular los ingresos del prestador estatal en concepto de aportes estatales halla andamiaje, por un lado, en la experiencia de países extranjeros regulan el ingreso de la empresa estatal con base en la eficiencia, y, por el otro, en la superación de la actual veda de actualizaciones⁴⁹.

⁴⁹ Esa veda no parecería tan absoluta. Considérese tan sólo que se entienden hoy vigentes los Artículos 22 y 47 de la Ley N° 21.839, artículos que reconocen, a efectos de la regulación de honorarios profesionales letrados, la depreciación monetaria; los Artículos 129 a 132 de la Ley N° 11.683, que consagran la actualización de créditos a favor del Estado; el Artículo 13.a de la Ley N° 23.898, que alude a la actualización de montos a efectos de la tasa de justicia. Con posterioridad a la sanción de la Ley N° 25.561, además de que el Artículo 8° de la Ley N° 26.095 prevé la actualización de cargos tarifarios, el Decreto N° 1.295/2002 permite el ajuste de precios por variaciones de costos en los contratos de obra pública.