

# Revista de Regulación Económica

## Empresas & Finanzas

### Colaboradores

Alberto Biglieri	Leonel Fonseca Cubillo
Aldo Milano Sánchez	Lucía López de Castro García-Morato
André Castro Carvalho	Luis Ortiz Zamora
Alonso Ernesto Moya	Maikol Andrade Fernández
Álvaro Borbón Muñoz	Manuel Alberto Restrepo Medina
Edwin Quintanilla Acosta	María Lourdes Echandi
Ernesto Jinesta Lobo	Marco Antonio Barbosa Fidelis
Esteban Alfaro Calderón	Melissa Cristina Pinto Pires Mathias
Estela B. Sacristán	Mónica Sastre Beceiro
Gaspar Ariño Ortiz	Roberto Sobre Casas
Janinne Delgado Silva	Richard Martin Tirado
Javier de Quinto	Ronald Hidalgo Cuadra
José Cesário Cecchi	Sergio Bravo Orellana
Jorge Sarmiento García	Stephan Brunner N.
Juan Miguel de la Cuétara	Vitor Rhein Schirato



**esan**

# La inseguridad jurídica crea inseguridad energética

Estela B. SACRISTÁN

Doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Derecho Administrativo Económico por la Pontificia Universidad Católica de Argentina. Profesora Adjunta de la Pontificia Universidad Católica de Argentina.

## SUMARIO:

1. Introducción. 2. El diseño originario. 3. Desenvolvimiento. 4. Efectos. 5. Reflexiones finales.

## RESUMEN

El presente artículo se basa en la experiencia argentina sobre el diseño de la normatividad jurídica relacionada a los diferentes mecanismos de regulación que en la mayoría de los casos solamente existen para entrapar y crear inseguridad en los operadores. En el caso del presente artículo que se circunscribe al aspecto energético podemos apreciar como las diferentes leyes aprobadas solo sirvieron para ahuyentar las inversiones en dichos segmentos.

## PALABRAS CLAVE:

*Inseguridad jurídica / Inseguridad energética / Gas / Electricidad*

## 1. Introducción

El ámbito natural de cualquier régimen tarifario es poseer los criterios de certeza, predictibilidad y seguridad, especialmente cuando median concesiones o licencias de larga duración. No podemos imaginar la puesta en ejecución de ese régimen tarifario ni la concreción de las inversiones a él asociadas, en un ambiente dominado por una

visión cortoplacista, por la pura modificabilidad unilateral, la transitoriedad o provisionalidad. Estas particularidades se potencian cuando se encuentran en el ámbito energético, y se ejemplifican con la experiencia argentina en una historia ligada a las decisiones judiciales, cuyos capítulos se escriben día a día. A continuación pasamos a detallar.

## 2. El diseño originario

A principios de la década del 90, vigente la Ley N° 23928 (de Argentina) de convertibilidad que ataba el peso al dólar estadounidense, se diseñó en Argentina el núcleo duro de la industria del gas y la electricidad, las Leyes N° 24065 y 24076 segmentaron esas industrias en generación o producción, transporte y distribución.

Para contrarrestar la falta de gas y de la electricidad generada a través de esta, su generación y producción

iban a ser negocios privados desregulados, con un mercado resultante que promoviera las inversiones, mejorara los precios en beneficio de los usuarios en un marco de competencia, y en definitiva, favoreciera a éstos pues las inversiones y naturales rentabilidades asociadas a ellas asegurarían abundancia de ambos bienes<sup>1</sup>. En este marco de libertad, había energía eléctrica y gas no solamente para consumo local, sino para exportación. Estos eran los beneficios del diseño legal.

<sup>1</sup> Artículo 1°, Ley N° 24065 ("La actividad de generación [...] será considerada de interés general"); artículo 1°, Ley N° 24076 ("La presente ley regula el transporte y distribución de gas natural que constituyen un servicio público nacional, siendo regidos por la Ley N° 17.319 la producción [...]").

Asimismo, aquellas leyes calificaron como servicio público –publicatio mediante<sup>2</sup>– al transporte y la distribución de gas y de electricidad; estos servicios serían prestados obligatoriamente por concesionarias y licenciatarias, cuyos costos admitidos y de baja rentabilidad, serían remunerados con una tarifa<sup>3</sup>. Como usuarios, nos beneficiábamos al participar en decisiones tarifarias y de inversiones realizadas por la empresa prestadora bajo el control del regulador; las fórmulas respectivas exigían eficiencia en el

prestador, y las tarifas remuneraban desempeño e inversiones eficientes. Este esquema armónico con el artículo 42º de la Constitución Nacional Argentina (en adelante, CN)<sup>4</sup>, quedó consagrado, en especial, en contratos de concesión y en licencias que entramparon la voluntad de los prestadores por un lado, y la del estado concedente por el otro, fijando el régimen de las tarifas y su contracara, el de inversiones, pues las tarifas remuneran o repagan las inversiones<sup>5</sup>.

### 3. Desenvolvimiento

Leyes posteriores, dictadas por razones de emergencia, lograron desbaratar toda aquella escena al proveerla capa tras capa de inseguridad jurídica, desdibujando el diseño originario. Así, en noviembre de 2000, la Ley Nº 25344 delegó en el Poder Ejecutivo Nacional (en adelante, PEN) poderes para rescindir contratos de servicios; en marzo de 2001, la Ley Nº 25414 delegó en el PEN la creación de recursos con afectación específica para desarrollar infraestructuras; en enero del 2002, la Ley Nº 25561 pesificó y congeló las tarifas de todos los servicios públicos, derogando cláusulas contractuales<sup>6</sup>, ampliando el congelamiento que ya sufrían las licenciatarias de transporte y distribución de gas desde fines del 99<sup>7</sup>, y delegó en el PEN la renegociación de todos esos contratos; y el Decreto Nº 214/02 pesificó todas las obligaciones, aunque

existía copiosa jurisprudencia protectora del valor de las obligaciones ante el abandono del patrón oro; el abandono del patrón dólar de la Ley Nº 23928 dio pie a la convalidación de la pesificación<sup>8</sup>.

En la emergencia del 2001/2002 –que, como se vio en el párrafo precedente, comenzó a gestarse y a manifestarse unos años antes–, el legislador colocó en los productores de gas, la carga de la pesificación asimétrica mediante retenciones a las exportaciones de hidrocarburos<sup>9</sup> no trasladables; los precios de los contratos de exportación de gas y electricidad se redolarizaron<sup>10</sup>; y como la demanda extranjera no cedió, se apeló a los redireccionamientos de gas<sup>11</sup> sin importar los derechos adquiridos de productores, transportistas e importadores, y tampoco a las importaciones de gas y de electricidad<sup>12</sup>.

### 4. Efectos

Esa suerte de mixed blessing que fue la pesificación y devaluación en el verano del 2001/2002 habría instado la reactivación de la industria doméstica, dormida en los 90 cuando un peso muy valuado igual a un dólar estadounidense tornaba las exportaciones poco atractivas. Y es claro que

toda reactivación industrial exige más gas, más electricidad, e infraestructuras acordes con esos aumentos de la demanda. Pero el riesgo creado por la legislación de emergencia ahuyenta las inversiones en los segmentos desregulados, y asfixia a muchas concesionarias y licenciatarias –tarifas e

2 Esto es "la declaración, como pública, de una determinada función (publicatio), lo cual determina, a partir de ese momento, que el ejercicio de la correspondiente actividad es servicio público y pasa a ser regulada por el Derecho Administrativo", conf. CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, 8ª ed. act., Abeledo Perrot, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, t. II, pp. 405-406, con cita de DE LA CUETARA, Juan M., *La actividad de la Administración. Lecciones de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 168-170.

3 Artículo 1º, Ley Nº 24065 ("Caracterizase como servicio público al transporte y distribución de electricidad. Exceptuase, no obstante su naturaleza monopólica, el régimen de ampliación del transporte, que no tenga como objetivo principal la mejora o el mantenimiento de la confiabilidad que, en tanto compartita las reglas propias del mercado, será de libre iniciativa y a propio riesgo de quien la ejecute"), artículo 1º, Ley Nº 24076 (ver Nº 1).

4 Ampliar en nuestro Régimen de las tarifas de los servicios públicos, *Ávaco*, Buenos Aires, 2007, p. 651.

5 Conf. MAIRAL, Héctor A., "La determinación de las tarifas en la concesión de servicios públicos" en RADA, UMSA, Buenos Aires, Noviembre, 1971, Nº 2, pp. 55 y ss., especialmente la p. 56.

6 CASSAGNE, Juan Carlos, "Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización", en LL, 2002-B, pp. 855-871, especialmente pp. 869/871.

7 Defensor del Pueblo de la Nación c/ en, Fallos: 328: 1652 (2005).

8 Para el abandono de la convertibilidad de 1867-1876 puede verse en nuestro "Retrato de nuestra moneda, de joven: Orígenes. La primera convertibilidad", en ReDA, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 411-449, especialmente pp. 444-447; para el de la de 1881-1885, "Shaw, Juan c/ Gandolfi y Moss", Fallos: 29: 298 (1886); para el de la de 1892-1914, "Luchinetti, Arnaldo c/ Pcia. de Mendoza", Fallos: 136: 402 (1923); para el de la de 1927-1929, "FURGENS, Jorge A. c/ La Franca Argentina SA", Fallos: 295: 948 (1976); cfr. "Roslos, Alberto R. y otros c/ EN y otros s/ amparo", Fallos: 327: 4495 (2004).

9 Ley Nº 25561, artículo 6º. Puede verse nuestro "Responsabilidad del Estado en el marco de la actividad de fomento" en APVU, Cuestiones de responsabilidad del Estado, Rep. Buenos Aires, 2008, pp. 247-264, especialmente pp. 259-263.

10 Son ilustrativas CNAC y CF Sala II, "UTE c/ Hidroeléctrica Piedra del Agua SA", del 26/8/03, y "UTE c/ Central Puerto SA", del 20/5/03, en EO, Universitas, Buenos Aires, 2004, t. 205, pp. 37 y ss.; CNACAF, Sala III, "Colbón", en ReDA, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pp. 171-194.

11 Notas Enargas 2666 y 2667, del 11/06/04, de redireccionamiento de gas y/o transporte.

12 Los datos más recientes disponibles son CMMESA, Informe Anual 2008, en <http://www.cmmesa.com/linfoanu.nsf/MINFOANU:OpenFrameSet> (intercambios con países vecinos, año 2006), y ENARGAS, Informe Anual 2007, p. 189 (importaciones de gas, año 2006) en [www.enargas.gov.ar](http://www.enargas.gov.ar).

inversiones- en el largo camino de la renegociación, incluso con inexplicables postergaciones sine die en la aprobación de nuevos cuadros tarifarios de aquellas que aprobaron todas las etapas renegociadoras.

La respuesta estatal no fue volver a la normalidad regulatoria con un criterio que privilegiara la seguridad jurídica, sino inducir, con clara visión cortoplacista, una menor demanda de gas y electricidad, y algunos usuarios afrontarían ciertos costos, ahora publicizados: (i) programas "Puree", Resolución N° SE 552/04 y 745/05, y "Puree Gas", Resolución N° SE 524/05, con premios

## 5. Reflexiones finales

Son de público conocimiento (ver [www.cij.gov.ar](http://www.cij.gov.ar)) las agudas decisiones judiciales que permiten pagar las facturas sin el aumento derivado de la aplicación de la Resolución N° SE 552/04<sup>14</sup> la aplicación del Decreto 2067/08<sup>15</sup>; también son conocidas las que convalidaron el régimen de cargos de la Ley N° 26095<sup>16</sup>.

Ahora, si mientras se respetaban las licencias y concesiones, no sólo teníamos gas y electricidad para uso doméstico sino también para exportar, así como suficientes inversiones en infraestructura, parecería claro que son las medidas de intervención estatal en razón de la emergencia y la inseguridad jurídica resultante, las que han torcido ese favorable cuadro, para perjuicio de nuestra Nación a nivel internacional, y para perjuicio de los usuarios domésticos de energía.

Desde el punto de vista de los riesgos, si las insuficiencias actuales de gas y electricidad e infraestructuras se deben a un riesgo fijado por el Estado (legislación de emergencia), las mismas nunca podrían ser solventadas ni por todos los usuarios ni por ciertas clases de usuarios pues ninguno de ellos provocó la causa que las medidas reseñadas intentan remediar.

y castigos económicos ajenos al flujo de caja de concesionarias y licenciatarias; (ii) pago de inversiones en infraestructura de expansión del sistema de generación, transporte o distribución de los servicios de gas natural, gas licuado o electricidad, "cargos específicos i y ii", Ley N° 26095, que fija el PEN y que pagan los usuarios, nutriendo fideicomisos de la órbita del Ministerio de Planificación con control político del Congreso<sup>13</sup>; y, finalmente, (iii) los "cargos iii", Decreto 2067/08, a pagar por ciertos usuarios, montos que fluyen hacia Enarsa, creada por Ley N° 25943, la cual paga el gas importado para generar electricidad.

Va de suyo que esas medidas, en punto a la razonabilidad<sup>17</sup> (i) podrían causar el fin inmediato perseguido; empero, (ii) son la alternativa más gravosa de los derechos de propiedad de ciertos usuarios pues, si se hubieran mantenido los regímenes tarifarios y de inversiones originarios, tales medidas no existirían; y, para peor, (iii) sus desventajas superan las ventajas pues imputan las consecuencias de decisiones estatales a los usuarios, responsabilizándolos por un riesgo no creado por ellos; generan costos de transacción judicial evitables; destruyen la lógica regla de que a mayores volúmenes corresponden menores precios.

Para sintetizar, si respetando las licencias y concesiones podíamos, además de abastecer el mercado local, exportar gas y electricidad, sin que surgieran preocupaciones en el renglón inversiones, ¿no será hora de pensar en concluir las renegociaciones en condiciones de justicia, poniendo fin al lag de 8 años, y volver al diseño originario (Leyes N° 24065 y N° 24076), dando señales de seguridad jurídica a todos los segmentos? Es que, en materia energética, inseguridad tarifaria es inseguridad jurídica, e inseguridad jurídica es inseguridad energética, para todos los usuarios, actuales e intergeneracionales.

13 Ver nuestro "Los cargos específicos de la Ley 26095. (Sin costo, desagregado, muy especial, y las enseñanzas de Marienthoff)", en *ReDA*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 1157-1176.

14 CNACAH, Sala V, causa 9/29/09, "Defensor del Pueblo de la Nación - Inc. Med. c/ EN - Mto. Planificación y otro - SE - Resolución N° 1169/08 745/05 y otras s/ proceso de conocimiento", del 1/09/09.

15 CNACAH, Sala V, causa 65/20/09, "Defensor del Pueblo de la Nación - Inc. Med. c/ EN - Dto. 2067/08 - Mto. Planificación - Resol. 1451/08 y otros s/ proceso de conocimiento", del 10/09/09.

16 CNACAH, Sala I, causa 8563/07 "INTA S.A. c/ EN - Ley 26095 - Mto. Planificación - Resol. 2005/06 y/o y otros s/ amparo Ley N° 16586", del 8/7/08; entre otros; ver trabajo cit. en n.13.

17 Se sigue CIANCARDI, Juan, *El principio de razonabilidad*, 2da. ed. act. y ampli., Abaco, Buenos Aires, 2003, pp. 54 y ss.