

REVISTA JURIDICA ARGENTINA LA LEY

FUNDADORES

LEONIDAS ANASTASI
(1890-1940)

JERONIMO REMORINO
(1902-1968)

A. ROBERTO FRAGA PATRAO
(1897-1977)

Director

JORGE HORACIO ALTERINI

Subdirector

MIGUEL FEDERICO DE LORENZO

LA LEY



SOCIEDAD ANONIMA

BUENOS AIRES, 2009

ISSN 0024-1636

LAS TARIFAS DE LOS SERVICIOS PUBLICOS

POR ESTELA B. SACRISTAN

I. Introducción

A principios de la década del '90, vigente la ley 23.928 de convertibilidad (Adla, LI-B, 1752), se diseñó el núcleo duro de la industria de la electricidad y de la del gas en nuestro país; las leyes respectivas, 24.065 y 24.076 (Adla, LII-A, 82; LII-B, 1583), dividieron esas industrias en segmentos: generación o producción; transporte, y distribución.

Para que no faltaran ni electricidad ni gas —gas que, a su vez, se usa también para generar electricidad—, la generación eléctrica y la producción de gas iban a ser negocios privados, desregulados, tal que fuera el mercado resultante el que concitara 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 a ellas asociadas asegurarían abundancia de ambos bienes. (1) En este marco de libertad, había energía eléctrica y gas no sólo para nosotros sino también para exportación. Estos eran los beneficios del diseño legal.

Asimismo, aquellas dos leyes calificaron, como servicio público, al transporte y la distribución de gas y de electricidad; tales servicios serían prestados, obligatoriamente, por concesionarias y licenciatarias, cuyos costos

(1) Art. 1º, L. 24.065 ("La actividad de generación (...) será considerada de interés general"); art. 1º, L. 24.076 ("La presente ley regula el transporte y distribución de gas natural que constituyen un servicio público nacional, siendo regidos por la ley 17.319 la producción (...)).

(2) Art. 1º, L. 24.065 ("Caracterízase como servicio público al transporte y distribución de electricidad. Exceptúase, 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 comparta las reglas propias del mercado, será de libre iniciativa y a

admitidos y rentabilidad, siquiera magra, sería remunerada con una tarifa. (2) Como usuarios, nos beneficiábamos: se participaba en decisiones tarifarias y de inversiones, a realizar 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 art. 42 CN, (3) quedó consagrado, en especial, en contratos de concesión y en licencias que anudaron la voluntad de los prestadores, por un lado, y la del Estado concedente, por el otro, fijando el régimen tarifario, y su contracara, el de inversiones, pues aquéllas remunerarían éstas. (4)

II. Las "capas" de inseguridad jurídica

Leyes posteriores, de emergencia, lograron desbaratar toda aquella escena: en noviembre de 2000, la ley 25.344 (Adla, LX-E, 5547) delegó en el PEN poderes para rescindir contratos de servicios; en marzo del 2001, la ley 25.414 (Adla, LXI-B, 1516) delegó en el PEN la creación de recursos con afectación específica para desarrollar infraestructuras; en enero del 2002, la ley 25.561 (Adla, LXII-A, 44) pesificó y congeló las tarifas de todos los servicios públicos, derogando cláusulas contractuales, (5) ampliando el congelamiento ya sufrían las licenciatarias de transporte y distribución de gas desde fines del

propio riesgo de quien la ejecute"); art. 1º, L. 24076 (ver n.1)

(3) Ampliar en nuestro Régimen de las tarifas de los servicios públicos, Ábaco, Buenos Aires, 2007, 651 ps.

(4) Conf. MAIRAL, Héctor A., "La determinación de las tarifas en la concesión de servicios públicos", en RADA, UMSA, Buenos Aires, Nov. 1971, N° 2, p. 53 y ss., esp. p. 56.

(5) CASSAGNE, Juan Carlos, "Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales (tras los procesos de privatización)", en LA LEY 2002-B, 855/871, esp. ps. 869/871.

'99, (6) y delegó en el PEN la renegociación de todos esos contratos; y el dec. 214/2002 (Adla, LXII-A, 117) 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 23.928 dio pie a la convalidación de la pesificación. (7)

En la emergencia, el legislador colocó, en los productores de gas, la carga de la pesificación asimétrica mediante retenciones a las exportaciones de hidrocarburos, (8) no trasladables; los precios de los contratos de exportación de gas y electricidad se redolarizaron; (9) mas como la demanda extranjera no cedió, se apeló a los redireccionamientos de gas (10) sin importar los derechos adquiridos de productores, transportistas e importadores, y a las importaciones de gas, y de electricidad. (11)

III. Efectos

Ese raro beneficio que fue la pesificación y devaluación del verano 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. La reactivación requiere más gas, más electricidad, e infraestructuras acordes. Pero el riesgo creado por la legislación de emergencia ahuyenta las inversiones en los segmentos desregulados, y asfixia a muchas concesionarias y licenciatarias —a sus tarifas e inversiones— en el largo camino de la renegociación, incluso con inexplicables postergaciones *sine die* en la aproba-

(6) "Defensor del Pueblo de la Nación c. EN", Fallos: 328:1652 (2005).

(7) 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, ps. 411/449, esp. ps. 444/447; para el de la de 1881-1885, "Shaw, Juan c. Gandolfi y Moss", Fallos: 29:298 (1886); para el de la de 1899-1914, "Luchinetti, Arnaldo c. Pcia. de Mendoza", Fallos: 138:402 (1923); para el de la de 1927-1929, "Jürgens, Jorge A. c. La Franco Argentina SA", Fallos: 295:948 (1976); cfr. "Bustos, Alberto R. y otros c. EN y otros s/amparo", Fallos: 327:4495 (2004).

(8) L. 25.561, art. 6º. Puede verse nuestro "Responsabilidad del Estado en el marco de la actividad de fomento", en AA.VV., Cuestiones de responsabilidad del Estado, Rap, Buenos Aires, 2008, ps. 247/264, esp. ps. 259/263.

ción de nuevos cuadros tarifarios de aquellas que aprobaron todas las etapas renegociadoras.

La respuesta estatal no fue volver a la normalidad regulatoria sino inducir una menor demanda de gas y electricidad, y ciertos usuarios afrontarían ciertos costos, ahora *publicizados*: (i) programas "Puree", Res. SE 552/04 y 745/05, y "Puree Gas", Res. SE 624/05, con premios 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", L. 26.095, que fija el PEN y que pagan los usuarios, nutriendo fideicomisos de la órbita del Ministerio de Planificación con control del Congreso; (12) y (iii) los "cargos III", Dto. 2067/2008, a pagar, por ciertos usuarios, montos que fluyen hacia ENARSA, creada por L. 25.943, la cual paga el gas importado para generar electricidad.

IV. Conclusión

Es de público conocimiento la oficial postergación de la aplicación, de las medidas recién reseñadas, a las facturas de los usuarios alcanzados.

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 infraestructuras, parecería claro que son las medidas de intervención estatal en razón de la emergencia y la inseguridad jurí-

(9) Son ilustrativas CNACyCF, Sala II, "UTE c. Hidroeléctrica Piedra del Águila SA", del 26/8/03, y "UTE c. Central Puerto SA", del 20/5/03, en ED, Universitas, Buenos Aires, 2004, t. 205, p. 87 y ss.; CNACAF, Sala III, "Colbún", en ReDA, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, ps. 171/194.

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

(11) Los datos más recientes disponibles son CAM-MESA, Informe Anual 2008, en <http://www.cam-mesa.com/linfoanu.nsf/MINFOANU?OpenFrameSet> (intercambios con países vecinos, año 2008), y ENARGAS, Informe Anual 2007, p. 189 (importaciones de gas, año 2006) en www.enargas.gov.ar.

(12) Ver nuestro "Los cargos específicos de la ley 26.095. (Un costo, desagregado, muy especial, y las enseñanzas de Marienhoff)", en ReDA, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, ps. 1157/1176.

dica resultante las que han torcido ese favorable cuadro, para perjuicio de nuestra Nación internacionalmente, y para perjuicio de los usuarios domésticos de energía.

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 por ciertas clases de usuarios que no provocaron la causa que las medidas reseñadas intentan remediar, medidas que, en punto a la razonabilidad, (13) (i) podrían causar el fin inmediato perseguido; mas (ii) son la alternativa más gravosa de los derechos de propiedad de ciertos usuarios pues, si se hubieran mantenido los

(13) Se sigue CIANCIARDO, Juan, El principio de razonabilidad, 2ª ed. act. y ampl., Abaco, Buenos Aires, 2009, ps. 64 y ss.

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, responsabilizándoselos 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.

En síntesis, si respetando las licencias y concesiones podíamos incluso exportar gas y electricidad, ¿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 24.065 y 24.076), dando señales de seguridad jurídica a todos los segmentos? Es que, en materia energética, inseguridad jurídica es inseguridad energética, para el usuario actual, para el usuario intergeneracional.