

**Raquel Cynthia Alianak**

**Armando N. Canosa**

**Juan Carlos Cardona**

**Violeta Castelli de Chede**

**Pablo Gallegos Fedriani**

**Miriam M. Ivanega**

**Irmgard Lepenies**

**Federico J. Lisa**

**Marcelo López Marull**

**Ismael Mata**

**Eduardo Mertehikian**

**Carlos María Puig**

**Estela B. Sacristán**

**Rubén Weder**

# IRAP

REVISTA ARGENTINA DEL RÉGIMEN  
DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

## JORNADAS ROSARINAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

*En homenaje al*

*Dr. Antonio Pedro Chede*

Organizadas por:

Carrera de Posgrado de Especialización  
en Derecho Administrativo

Escuela de Graduados

Facultad de Derecho Universidad  
Nacional de Rosario

Rosario – Santa Fe

1 y 2 de junio de 2006

# **LAS TARIFAS EN EL RÉGIMEN PORTUARIO Y EN EL DE LAS VÍAS FLUVIALES POR PEAJE.**

*Estela B. Sacristán*

SUMARIO: I. Palabras introductorias. II. Una delimitación necesaria. III. Un “antes” y un “después” de las privatizaciones. IV. Regulación de las tarifas. V. Acerca de las redolarizaciones. VI. Una suerte de balance. VII. Reflexiones finales.

## **I. Palabras introductorias<sup>1</sup>.**

Comienzo esta exposición con un previo agradecimiento al Dr. Ismael Mata, presidente de estas Jornadas, quien formulara la generosa invitación a reflexionar, en este ámbito académico, acerca de las tarifas en el régimen portuario y de las vías fluviales por peaje.

Y también doy inicio a estas reflexiones con el recuerdo permanente de quien fuera el querido Dr. Antonio Chede. A él seguramente le hubiera interesado sumarse a la búsqueda de respuestas unívocas para problemas planteados en un ámbito donde, una vez más, la fuerza expansiva de la emergencia aleja la mirada de los objetivos originarios de quienes diseñaran oportunamente el plan para optimizar la administración y operatoria de dos géneros de negocios de proyección internacional como los aquí considerados. Tales los de los servicios portuarios y los de las vías fluviales por peaje.

<sup>1</sup> Agradezco a los Dres. Oscar Puccinelli, Marcelo Cenícola, Carlos Puig y Norma Beltrán, a la Lic. Stella Maris Zoppi y al Ing. Pedro Manno, los materiales brindados para la elaboración de este trabajo.

## II. Una delimitación necesaria.

Suele coincidirse<sup>2</sup> en que una tarifa es una lista de precios<sup>3</sup>, ordenables en un cuadro tarifario<sup>4</sup>. Tal concepción armoniza con la que se deduce etimológicamente: la expresión proviene de su similar en árabe, que significa “lista”<sup>5</sup>, y equivale a lista de precios<sup>6</sup>.

La noción de servicio público –en sectores cuya enumeración hoy parece haberse cristalizado<sup>7</sup>– suele aparecer vinculada a la noción de “tarifa”; de hecho, diversos servicios públicos declarados tales por ley –repárese en la Ley N° 24.065 o en la Ley N° 24.076– poseen, en el respectivo marco regulatorio, y entre las facultades del regulador respectivo, la específica competencia en materia tarifaria. Es por ello que, incluso, podría argüirse que la tarifa es una lista de precios de características especiales: son precios que reciben alguna clase de injerencia estatal, a diferencia de los precios libremente adoptados por cada firma en un marco de competencia; se los regula de cara a los usuarios y esa regulación podrá provenir de preocupaciones por eventuales ganancias

<sup>2</sup> Mairal, Héctor A., “La determinación de las tarifas en la concesión de servicios públicos”, en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, Año I, Noviembre 1971, N° 2, p. 53; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho administrativo*, 4a ed. act. del t. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, p. 137; Cassagne, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, t. II, 7ª ed. act., Buenos Aires, Abeledo Perrot-Lexis Nexis, 2003, p. 312, n. 71 y sus citas; Ariño Ortiz, Gaspar, *Principios de Derecho público económico*, Comares - Fundación de Estudios de Regulación, Granada, 1999, p. 529; Bianchi, Alberto B., *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*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, Septiembre-Diciembre 1953, Año IV, N° 12, pp. 129/157, esp. 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/ FFCC Central Argentino”, *Fallos*: 152:385 (1928), esp. p. 413.

<sup>3</sup> En igual sentido, Moliner, María, *Diccionario de uso del español*, t. II, Madrid, Gredos, 1983, p. 1268. A modo de ejemplo, se detecta el empleo de la expresión “precio” en el caso “Cía. Ítalo-Argentina de Electricidad c/ Gobierno Nacional”, *Fallos*: 178:293 (1937).

<sup>4</sup> También se ha admitido que es una lista de tasas, cfr. Marienhoff, *Tratado... cit.*, t. II, p. 134; Cassagne, *Derecho... cit.*, t. II, p. 312, n. 71; Kaufman, Gustavo A., “Tarifas de servicios públicos”, en *ED*, t. 127, pp. 919/927, esp. p. 919. Por ende, sería una lista de precios si el servicio fuere facultativo, y una lista de tasas si se tratare de un servicio obligatorio.

<sup>5</sup> García de Diego, Vicente, *Diccionario etimológico español e hispánico*, Madrid, Espasa Calpe, 1985, p. 387.

<sup>6</sup> García de Diego, *op. loc. cit.*

<sup>7</sup> El Art. 4° del Decreto N° 311/2003 encomendó, a la UNIREN, la renegociación de los contratos de obras y servicios públicos correspondientes a los siguientes sectores: a) La provisión de servicios de agua potable y desagües cloacales. b) El servicio de transporte y distribución de energía eléctrica. c) El servicio de transporte y distribución de gas. d) El servicio de telecomunicaciones de telefonía básica (fija). e) El transporte público automotor y ferroviario de personas, de superficie y subterráneo. f) El servicio ferroviario de cargas. g) Las concesiones viales con cobro a usuarios, incluidos los accesos a la Ciudad de Buenos Aires. h) El servicio portuario. i) Las vías fluviales por peaje. j) (derogado). k) El servicio postal, monetario y de telegrafía. l) El sistema nacional de aeropuertos.

excesivas<sup>8</sup> derivadas de la prestación del servicio público; también podrá originarse en la existencia de monopolio natural o legal<sup>9</sup>, entre otros supuestos.

Por cierto, hablar de tarifa no es sinónimo de hablar de servicio público: de hecho, en los Estados Unidos no existe la noción de servicio público, y sí se habla de tarifas, mas en el marco de ciertas actividades reguladas. Este detalle no es desdeñable: es que, como se verá enseguida, uno de los sectores aquí analizados —el de los puertos y los servicios en ellos prestados— no acarrea, *per se*, una *publicatio* o declaración de servicio público de la actividad respectiva.

En los dos específicos supuestos que nos convocan, v. gr., régimen portuario y de las vías fluviales por peaje, debemos indagar en si media servicio público a efectos de determinar si se está ante tarifas correspondientes a un servicio público, o ante simples precios del mercado. Desde cierta perspectiva, declarar que una actividad es servicio público significa sustraerla del mercado<sup>10</sup>. Veamos primero qué sucede en materia de puertos.

La Ley N° 24.093<sup>11</sup> no declara servicio público a la actividad portuaria. Antes bien, consagra, legislativamente, cierto supuesto en el cual la actividad debe ser obligatoriamente prestada. Así, en el Artículo 7° de la Ley de Puertos N° 24.093, y *sólo en lo relativo a los puertos de uso público*, se percibe una implícita manda de obligatoriedad en la prestación del servicio cuando se está ante un restringido universo de puertos: los denominados “puertos de uso público”. Así, ese artículo establece:

“Son considerados puertos de uso público: aquellos que, por su ubicación y sus características de la operatoria deban prestar obligatoriamente el servicio a todo usuario que lo requiera”.

Tal previsión legislativa puede ser leída desde distintos puntos de vista.

En tanto leída desde la teoría del servicio público, el Artículo 7° permitiría detectar, en los puertos de uso público (estatales o privados), una noción de servicio público

<sup>8</sup> Gordillo, Agustín, “Las ganancias sin límite objetivo alguno”, en Gordillo, Agustín, *Cien notas de Agustín - Notas asistemáticas de un lustro de jurisprudencia de derecho administrativo*, Buenos Aires, FDA, 1999, pp. 138/140, esp. p. 139: “[...] si ha de haber tarifas justas y razonables en un monopolio, entonces deben serlo igualmente sus ganancias [...] no pueden pretenderse ganancias sin límite objetivo alguno. Ese viejo derecho, vigente al retomarse la línea de prestación privada de servicios públicos monopólicos, no debió estar nunca en duda”.

<sup>9</sup> Se recordará que la existencia de monopolio natural es una de las justificaciones de la regulación, y se lo admite por razones de eficiencia; el monopolio legal o exclusividad, por el término de su vigencia, también justifica la regulación; éste último se establece por tiempo determinado, y puede responder a razones de eficacia en la operación privatizadora, a razones de conformación de mercados económicamente factibles.

<sup>10</sup> Barra, Rodolfo C., “La concesión de obra y de servicio público en el proceso de privatización”, en *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1991, N° 6, pp. 17/38, esp. p. 22.

<sup>11</sup> Sobre esta ley, puede verse, asimismo, Miguel, Alicia N., “Consideraciones sobre la legislación portuaria argentina”, en Corbetta, Juan Carlos (dir.), *Anales. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Universidad Nacional de La Plata, La Ley, Año 3, N° 36, pp. 450/460.

inexistente en el texto de la ley: sólo se hace hincapié en la obligatoriedad. Ello pues: (i) si se entiende que *publicatio* es declarar que una actividad es servicio público, y si se concibe que no hay servicio público sin razonable *publicatio*, ningún puerto, ni siquiera un puerto abierto al uso público, prestaría un servicio público pues no se está ante tal declaración legislativa. Ahora, (ii) si se entiende que se puede reducir la noción de servicio público a la obligatoriedad<sup>12</sup>, el precitado Artículo 7° contendría una implícita calificación de servicio público que abarcaría a los puertos de uso público que por su ubicación y características de operatoria deben obligatoriamente prestar el servicio portuario a todo aquel que lo requiera.

A todo evento, el Artículo 7° transcrito permite deducir que los puertos de uso privado moran en un ámbito de plena competencia por ser ese el designio del legislador, en un ambiente francamente extraño al servicio público y a la máxima regulación a él asociada.

Una postura diversa se infiere en el ámbito provincial. El pliego licitatorio para la concesión de una terminal multipropósito en Puerto Rosario, de noviembre de 2000, establece en su segundo anexo: “[...] el servicio será prestado en condiciones que garanticen su continuidad, regularidad, calidad y generalidad, de manera tal que se asegure su eficiente prestación con trato igualitario a los usuarios [...]”<sup>13</sup>, por lo que adopta una noción amplia del servicio público<sup>14</sup>. En este caso sí se estará, plenamente, ante tarifas correspondientes a un servicio público, y no ante precios libres.

La distinción efectuada no es ociosa. Considérese, solamente, que la renegociación de la Ley N° 25.561 comprende contratos de servicios públicos. De acuerdo con lo dicho, los servicios portuarios prestados en los puertos de uso público o abiertos al uso público, de entenderse que obligatoriedad es servicio público, tendrían sus tarifas sujetas a la renegociación de la Ley N° 25.561; y los precios de los restantes puertos (v. gr., los puertos abiertos al uso privado, esto es, los no abiertos al uso público) no deberían ingresar en dicha renegociación desde ningún concepto. Y si se entiende, derechamente, que servicio público es el que ha tenido previa *publicatio* por parte del legislador, ni siquiera los puertos de uso público percibirían tarifas que deban ser renegociadas bajo dicha ley pues no hay *publicatio* textual legislativa, por lo que no habrá servicio público, y las mentadas tarifas, que son además tarifas máximas, deberían ser, en realidad, precios libres insertos en un ámbito competitivo, correspondientes a una actividad que no es pasible del grado máximo de regulación, v. gr., el régimen del servicio público.

<sup>12</sup> Véase, sobre esta tesis, Mairal, Héctor A., “La ideología del servicio público”, en *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, Septiembre-Diciembre de 1989, N° 14, p. 359 y sigs.

<sup>13</sup> Anexo II, num. 3.1.

<sup>14</sup> Tal la propiciada por Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho administrativo*, t. II, 4ª. ed. act., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, p. 63 y sigs.; ver, asimismo, Cassagne, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, t. II, 8ª. ed. act., Buenos Aires, Abeledo Perrot-Lexis Nexis, 2002, pp. 424/426.

En cuanto a la Hidrovía, se trata de una concesión de obra pública por peaje<sup>15</sup>, y la alusión a que se trata de servicios remunerables mediante una tarifa surgiría del Decreto N° 863/1993, uno de cuyos considerandos reza: “Que las tarifas para la utilización de las vías navegables que se otorguen en concesión deberán asegurar una rentabilidad que contemple una relación razonable entre las inversiones efectivamente realizadas por el concesionario y la utilidad neta obtenida por la concesión, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 57 de la Ley N° 23.696 modificatoria de su similar N° 17.520”.

En forma concordante, la sección VIII del pliego respectivo se denomina “régimen tarifario”.

Vale la pena acotar que, más recientemente, el Decreto N° 311/2003, que abarca “contratos de obras y servicios públicos” por renegociar bajo la Ley N° 25.561<sup>16</sup>, enumera entre los distintos sectores a los de “el servicio portuario” y “las vías fluviales por peaje”<sup>17</sup>. Por ende, en ambos casos –servicios portuarios, Hidrovía– parecería estarse, bajo ese decreto, ante tarifas correspondientes a servicios públicos, generalización que no debería abarcar irrestrictamente a todos los puertos a la luz del desarrollo efectuado en esta sección II, y sobre la cual se volverá en esta exposición por sus serias consecuencias.

### III. Un “antes” y un “después” de las privatizaciones.

Hacia 1989, el rubro “costos portuarios, gastos de operatoria en puerto”, tomando, para el Puerto de Buenos Aires una base de 100, arrojaba, en comparación, como costos globales, para el Puerto de Santos, 17; para el puerto de Rotterdam, 33 y para el puerto de Yokohama, 36<sup>18</sup>. Evidentemente, el Puerto de Buenos Aires era un puerto costoso, y como tal no resultaba atractivo. Asimismo, hacia 1993, el puerto de Buenos Aires era calificado como “puerto sucio” por los elevados costos operativos ínsitos en acceder al mismo y realizar tareas de carga y descarga<sup>19</sup>, y así lo recuerda Gordillo, con cita de Alemann<sup>20</sup>. También era un puerto de baja capacidad.

<sup>15</sup> Decreto N° 863/1993, Art. 1°.

<sup>16</sup> Puede verse, sobre dicha renegociación, Caputi, M. Claudia, “Emergencia pública. Renegociación. La renegociación de los contratos públicos. Reseña de los dictámenes de la PTN”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Rap*, Buenos Aires, 2005, N° 325, pp. 215/222.

<sup>17</sup> Decreto N° 311/2003, Art. 4°, incs. h) e (i).

<sup>18</sup> Cfr. Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, *Los costos del Estado regulador*, Buenos Aires, Manantial, 1989, p. 212.

<sup>19</sup> Bustamante, Jorge E., *Desregulación. Entre el Derecho y la Economía*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, p. 197.

<sup>20</sup> Gordillo, Agustín, “Desregulación y privatización portuaria”, en su *Después de la reforma del Estado*, FDA, Buenos Aires, 1996, pp. VIII-1/VIII-20, esp. p. VIII-8, con cita de Alemann, Roberto T., *Curso de política económica argentina*, Buenos Aires, Ed. Alemann S.R.L., 1981, p. 321.

De otra parte, hacia 1989, la posibilidad de una Hidrovía que asegurara el tránsito a cierto calado no existía.

La etapa privatizadora, en términos generales, conllevó el dictado de múltiples medidas del ámbito que ocupa estas líneas; medidas entre las cuales sobresalen la provincialización de los puertos otrora de jurisdicción nacional<sup>21</sup>, así como el inicio de la colosal tarea de desregulación portuaria, que incluso produjo fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del tenor del célebre “Cocchia”<sup>22</sup>, en el que se había modificado un convenio colectivo por decreto delegado.

A este proceso se ha referido el Dr. Canosa en la exposición que precede a esta, y a sus claros y didácticos términos cabe remitir<sup>23</sup>.

Ese proceso de privatización, por cierto, permitió, a modo de muestra, un aumento del 275% en la capacidad portuaria del Puerto de Buenos Aires en el lapso que corre entre 1991 y 1997, y también permitió, después de un año, la concreción del dragado comprometido en el caso de Hidrovía para asegurar el tránsito a 32' (pies) de calado en cualquier momento en que se lo requiriese.

#### IV. Regulación de las tarifas.

a) Generalidades: Como es sabido, existen en la práctica regulatoria dos principales modos de regulación de la tarifa de quien presta un servicio regulado, equiparable a lo que aquí conocemos como servicio público. Se trata de los sistemas de precio tope o precio máximo o *price-caps*, donde lo que se regula es el precio o, en forma estricta, el reajuste de ese precio; y de tasa de rendimiento o tasa de retorno o *rate of return*, donde lo que se controla es la rentabilidad de la firma<sup>24</sup>, esto es, cuánto gana la empresa prestadora. Son dos modos de regulación distintos, de origen británico el primero, de origen norteamericano el segundo. También existen otros modos de regulación, tales como el establecimiento de un precio fijo durante el tiempo que dure el contrato; la transferencia de costos o *passthrough*, entre muchos otros supuestos de modalidades de regulación de los precios. Acerca de sus particularidades, cabe remitir a profundos trabajos ya publicados<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> A modo de ejemplo, por Decreto N° 515/2006 se provincializó el Puerto de Comodoro Rivadavia.

<sup>22</sup> Fallos: 316:2624 (1993).

<sup>23</sup> Ver, en esta misma publicación, Canosa, Armando, “El régimen administrativo portuario en Argentina.

<sup>24</sup> Ampliar en Tawil, Guido S., “Avances regulatorios en América Latina: Una evaluación necesaria”, en *EDA* 2000/2001, p. 380 y sigs; Bianchi, Alberto B., “La tarifa en los servicios públicos (Del *rate of return* al *price-cap*)”, en *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1998, N° 27/29, p. 35 y sigs.; también publicado en AA VV, *Contratos administrativos*, jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Cs. de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 503 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, p. 229; así como en nuestros “La experiencia argentina en materia de tarifas reguladas por el sistema de *price-caps*”, en *EDA* 2003, p. 438 y sigs, y “Eficiencia y tarifas (con especial referencia al factor X)”, en *ReDA*, Buenos Aires, Lexis Nexis Depalma, 2001, N° 36/38, p. 173.

<sup>25</sup> Por todos, ver Laffont, Jean-Jacques - Tirole, Jean, *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1993.

También existe un detalle trascendente que cabe anotar en forma liminar y paralela a lo relativo al modo de regulación de las tarifas. Debe repararse en que en Argentina se dictó, en 1991, la Ley N° 23.928, de Convertibilidad entre los entonces australes (posteriormente, pesos, por Decreto N° 2.128/1991) y el dólar norteamericano.

De allí que, por ejemplo, se hallaran fijadas en dólares/pesos las tarifas del contrato para la Hidrovía, con llamado a licitación del año 1993; de allí que el Anexo I de la Resolución N° 26/1995-AGP SE se hallara íntegramente nominado en dólares estadounidenses. Esta dolarización duró, en términos generales, hasta que el Artículo 1° del Decreto N° 214/2002 pesificó “todas las obligaciones”. Ello, sin perjuicio del desarrollo que se verá posteriormente y que suscitó diversas respuestas en sede judicial.

Además, esos contratos con tarifas en dólares eran, cuando así se lo acordara en el contrato respectivo, pasibles de reajustes por un índice, extranjero, a fin de mantener una armonía con los términos reales proveyendo, al mismo tiempo, un incentivo a la eficiencia. En las tarifas reguladas por *price-caps*, sabido es que esa nivelación con los cambios en los términos reales nunca se concibió como total pues el índice coexiste con un objetivo de eficiencia por restar del primero. La diferencia en menos en el esquema de “índice - x” sirve, precisamente, de incentivo a la eficiencia para la firma, quien no ve sus tarifas automáticamente reajustadas según los cambios en los términos reales, sino ajustadas en algo menos, artificialmente estimulada hacia la eficiencia. En algunos contratos se previó un índice *ab initio*, por ejemplo, en las licencias del Decreto N° 2.255/1992; pero en otros casos, ese índice no se previó expresamente, Decreto N° 999/1992, quedando, empero, la vía de la modificación extraordinaria que asistía al concesionario.

b) Dos distintos supuestos: Repasemos, ahora, dos distintos contratos que generan dos distintos supuestos (Hidrovía; Terminal Multipropósito de Rosario), para luego efectuar alguna acotación sobre los principios aplicables, y sobre el particular perfil que pueden ofrecer ciertas cláusulas.

En el supuesto de la Hidrovía Paraná-Uruguay, con contrato de concesión por el sistema de peaje adjudicado por Decreto N° 253/1995, con plazo originario de 10 años, extendido en 8 años más bajo el Decreto N° 918/1997, se ha señalado<sup>26</sup>: “En el caso que nos ocupa las modificaciones tarifarias tienen restricciones: requieren la debida justificación y sólo serán posibles cuando existan reales incrementos en la estructura de costos del concesionario [...] Se interpreta que el presente caso responde a un sistema de precios tope (precio fijo a lo largo de toda la concesión), diferente de las regulaciones de precios por tasa de retorno y por transferencia de costos (costo plus) [...]. La AGN sostiene que el criterio de regulación por tasa de retorno no encuentra, desde lo jurídico, sustento en las normativas que rige la concesión, y desde lo económico, incentivo para minimizar los costos”.

<sup>26</sup> Cámara de Diputados de la Nación, *Sesiones ordinarias 2005*, Orden del Día N° 2491, Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas de la Administración, impreso el 14-06-2005, pp. 13/14.

Con mayor rigor, también se ha aseverado<sup>27</sup>: “La literatura ilustra acerca de distintos mecanismos de fijación de precios, existiendo alternativas tales como los de precios por tasa de retorno, los de *price-cap* (con distintas opciones de actualización, como por ejemplo el RPI-X), el sistema de precio fijo, los mecanismos de transferencias de costos, etc. [...] La Hidrovía fue regulada a través de la combinación de un sistema de precio fijo con un componente de transferencia de costos (*cost passthrough*)”.

De lo dicho se inferiría, *prima facie*, que no se trata de un sistema de *rate of return*, y también se deduciría que no se trataría de una regulación por *price-caps*.

Ahora, si se entiende por regulación por tasa de rendimiento un sistema de control de las ganancias de la firma, tal parecería ser el espíritu oportunamente volcado en el Artículo 57 de la Ley N° 23.696 (“[I]as concesiones que se otorguen de acuerdo con la Ley N° 17.520 con las modificaciones introducidas por la presente ley, deberán asegurar necesariamente que la eventual rentabilidad no exceda una relación razonable entre las inversiones efectivamente realizadas por el concesionario y la utilidad neta obtenida por la concesión”), ley anterior al contrato en cuestión, y aplicable a él.

Y si se entiende que los *price-caps* prevén un reajuste del precio bajo el sistema conforme al cual del índice se resta el objetivo de eficiencia (y, en su caso, se suma el objetivo de inversiones) en un marco de periodicidad, parecería claro que, en el contrato analizado, no se previó tal índice de aplicación automática, el objetivo de eficiencia aparece sólo pálidamente implicado al asegurarse contractualmente que no pueden modificarse las tarifas por ineficiencia, y no se detecta la aludida periodicidad a efectos del índice (de aplicación automática) y de la fijación del objetivo de eficiencia (fijación que requiere la participación de, entre otros, los usuarios). Por ende, no se trataría de *price-caps* en su forma ortodoxa, en coincidencia con la opinión volcada en la última transcripción.

Es que se estaría ante un precio fijo, destinado a perdurar durante toda la contratación, sujeto a dos clases de modificaciones conforme al esquema originario: (i) modificaciones ordinarias para reflejar en más o en menos los cambios exógenos tributarios; (ii) modificaciones extraordinarias que, en tanto debidamente justificadas y acreditadas, vendrían a reflejar todo ajuste que entiendan las partes pertinente con excepción de: (ii.a) ajustes destinados a castigar altos beneficios en el pasado, (ii.b) ajustes destinados a compensar déficit por riesgos empresariales, (iii.c) ajustes enderezados a remunerar ineficiencias, (iii.d) ajustes que apunten a compensar modificaciones en las condiciones del mercado de bienes y servicios comprometidos en la concesión.

Esas modificaciones extraordinarias, a su vez, no están sujetas –al igual que las ordinarias– a periodicidad alguna. Cabe anotar que la vía del procedimiento de modificación extraordinaria parecería hallarse gobernada por la discrecionalidad, pero el ejercicio de esa discrecionalidad no podría desentenderse, al menos, de lo prescripto en el Artículo 7°,

<sup>27</sup> Sánchez, Ricardo (Dir.) - Navarro de Gimbatí, Ana I. - Landrein, Maximiliano: *Las regulaciones económicas: El caso de la Hidrovía Paraná-Paraguay*, Instituto de Investigación en Economía y Dirección para el Desarrollo, Universidad Austral, Serie Estudios #3, Buenos Aires, noviembre de 1998, publicado en <http://www.austral.edu.ar/fce/archivos/hidroviva.pdf>.

inciso e), de la Ley de Procedimientos Administrativos, recaudo de rango legal que, por sí, no resulta incompatible con la plena aplicabilidad de los principios generalmente admitidos en materia tarifaria que se mencionan más adelante, en esta misma sección.

Aparte de lo dicho, se recordará que el contrato de Hidrovía fue modificado convencionalmente en 1997 para recoger un aumento del impuesto al gas oil (Acta Acuerdo del 03-10-1997).

En lo que hace a la dolarización oportunamente consagrada, las tarifas pervivieron en esa moneda desde la respectiva adjudicación hasta el dictado del Decreto N° 214/2002, de febrero de 2002. Ahora, abril de 2002, trajo el Decreto N° 576/2002, que estableció, a modo de aclaración, que las tarifas respectivas se regirían en dólares estadounidenses para la navegación “internacional”, pero continuarían pesificadas para el cabotaje “nacional”. Esta escena se prolongó durante el año 2003 con el Decreto N° 2.687/2002, y durante el 2004 o “hasta que se expida la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos [...] sobre la renegociación del respectivo contrato” con el Decreto N° 1.306/2003. La Uniren, a abril de 2006, informa en su respectiva página web que la renegociación de Hidrovía S.A. se halla en trámite.

En el supuesto de la Terminal Multipropósito en Puerto Rosario, cuyo pliego licitatorio es de noviembre de 2000<sup>28</sup>, para una contratación de 30 años, se previeron, originariamente, tarifas en dólares estadounidenses.

Esas tarifas eran valores máximos, y se hallaban contenidas en el respectivo anexo del pliego licitatorio. El Artículo IV.6 estableció un sistema de modificación extraordinaria de las tarifas máximas a pedido del concesionario; ese pedido en ningún caso estará enderezado a convalidar ineficiencias o compensar déficit del concesionario. El Artículo IV.15 estableció la aplicación anual de un índice extranjero. De acuerdo con lo dicho, el canon por percibir se fijó también en dólares (Art. IV.3) y era reajutable (Art. IV.15). Se previó, asimismo, un plan de obras por ejecutar en el primer quinquenio (Art. IV.9), bajo apercibimiento de sanciones.

Al momento de la suscripción del respectivo contrato, que lleva fecha 29-07-2002 (por lo que es suscripto ya dictada la Ley N° 25.561 y el Decreto N° 214/2002), se mantuvo el plazo de la concesión, pero el capítulo once, relativo a valores tarifarios, estableció las tarifas máximas en pesos<sup>29</sup>. Se mantuvo la posibilidad de pedido del concesionario de modificación de las tarifas máximas<sup>30</sup>, así como la veda de enderezar

<sup>28</sup> Pliego de bases y condiciones, licitación nacional e internacional para la concesión de una terminal multipropósito en Puerto Rosario (Pcia. de Santa Fe - República Argentina) de noviembre de 2000.

<sup>29</sup> “Por los servicios que se brinden en la terminal multipropósito, los usuarios abonarán tarifas que el Concesionario determinará libremente, respetando (para el caso de los servicios básicos que deberá prestar a cargas y buques dentro del marco de uso público de la terminal multipropósito) los valores máximos que se indican en el Anexo III del Pliego. Dichas ‘Tarifas Máximas por Servicios Básicos’ estarán expresadas en pesos y serán incorporadas como anexo al reglamento operativo previsto en el Artículo IV.5. del Pliego”.

<sup>30</sup> “En cualquier momento, durante el período de la concesión el Concesionario podrá solicitar al EN.A.PRO. la modificación total o parcial de las tarifas máximas. El EN.A.PRO. evaluará los fundamentos de la solicitud del Concesionario y podrá hacer lugar a la misma a su exclusivo criterio”.

tal pedido a convalidar ineficiencias o a compensar déficit de aquél<sup>31</sup>. El Artículo 1.5. del contrato dejó sentado: “Respecto de las cláusulas de ajuste, deberán tenerse en cuenta la Ley N° 25.561, el Decreto N° 214/2002, ampliatorias, modificatorias y lo dispuesto en el presente contrato de concesión”<sup>32</sup>. Se expresó en pesos el canon inicial y el canon fijo, pero se expresó en dólares la compensación al Ente por no verificarse el movimiento comprometido a efectos del canon fijo (Art. 1.5)<sup>33</sup>.

En síntesis, se estaría ante tarifas que son precios fijos en pesos, destinados a perdurar durante toda la contratación, sujetas a modificaciones pues, en cualquier momento, durante los tres decenios de concesión, el concesionario podrá solicitar al Ente una modificación total o parcial de las tarifas máximas, y el Ente podrá o no hacer lugar al pedido de modificación, aspecto en el cual cobra relevancia, nuevamente, lo dicho respecto de la discrecionalidad, así como en cuanto al recaudo de motivación con el que debe cumplir el acto que resuelva la solicitud.

c) Aplicabilidad de los principios generalmente admitidos en materia tarifaria: Por cierto, resultan aplicables, tanto a la concesión por peaje mencionada como al contrato de concesión recién reseñado, los principios generalmente admitidos en materia tarifaria.

Así, más allá de la específica preferencia manifestada por el concedente en cuanto al específico modo de regulación de la tarifa, las tarifas por percibir por el concesionario serán justas y razonables<sup>34</sup>, sin indebidas discriminaciones<sup>35</sup>, proporcionales<sup>36</sup>, con res-

<sup>31</sup> “En ningún caso la eventual modificación podrá tener como objetivo convalidar ineficiencias o compensar déficit del concesionario”.

<sup>32</sup> “El concesionario se obliga a pagar al ENAPRO. las siguientes sumas de dinero: Canon Inicial: \$ 150.000 que abonará el Concesionario al ENAPRO. antes de producirse la toma de tenencia de la Terminal Multipropósito. Canon Fijo: \$ 450.000 trimestrales durante los 10 primeros años de la Concesión. El ENAPRO. se reserva la percepción directa de la tarifa de uso de muelle, comprometiéndose el Concesionario a embarcar o desembarcar Tn. 1.600.000 anuales [...]. En caso de no cumplirse con el movimiento comprometido, el Concesionario deberá compensar al ENAPRO. abonándole una suma en pesos equivalente a un dólar estadounidense (U\$A 1) por cada tonelada que reste para llegar al tonelaje anual comprometido (Tn. 1.600.000). [...] La compensación establecida en esta cláusula por el eventual incumplimiento, deberá abonarse a los 30 días corridos de cumplido el año que se computa, debiéndose tomar a tales efectos la cotización libre de la moneda estadounidense vigente el día anterior al del pago. Respecto de las cláusulas de ajuste deberán tenerse en cuenta la Ley N° 25.561, el Decreto N° 214/2002, ampliatorias, modificatorias y lo dispuesto en el presente Contrato de Concesión”.

<sup>33</sup> Ídem n. 32.

<sup>34</sup> Pliego correspondiente a la licitación pública nacional e internacional para la concesión de la Terminal 6, Puerto Nuevo, Buenos Aires, Resol. MPFIPyS 2135/05, Art. 37 (llamado a licitación por Decreto N° 805/2002): “Las tarifas serán [...] justas y razonables [...]”.

<sup>35</sup> El Pliego cit. en n. 34 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 sometiéndose voluntariamente, al ofertar, a un régimen que discrimina pero no indebidamente.

<sup>36</sup> El Pliego cit. en n. 34, Anexo V, especifica valores tope según diversos parámetros: U\$S/TRN x día; U\$S/contenedor; U\$S/tn.; U\$S/cajón, etc.

peto de los principios de equilibrio<sup>37</sup> e indiferencia en especial ante cambios exógenos incontrolables por la firma, en un marco de juridicidad<sup>38</sup>, con la debida publicidad<sup>39</sup>.

d) Cláusulas particulares: Por último, y en punto al particular perfil de ciertas cláusulas contractuales, hoy pueden leerse, en pliegos utilizados en procedimientos licitatorios que se hallan en marcha, cláusulas como la siguiente: “La autoridad de aplicación [...] intervendrá en el caso de comprobarse excesos en los beneficios de la explotación [...]”<sup>40</sup>.

Cláusulas de este tenor, desvinculadas de toda definición del período temporal por ponderar, no incentivan las ofertas y coadyuvan a la mayor discrecionalidad del concedente en punto a la intervención oportunista. En especial cuando no operan sobre una base de reciprocidad: en el sistema de *rate of return*, pueden darse tanto pedidos de reducción de la tarifa (cuando la rentabilidad a ella asociada es demasiado elevada) así como pedidos de aumento de la tarifa (cuando la rentabilidad a ella asociada no es suficiente)<sup>41</sup>; en un sistema de *price-caps* no se concibe la regulación de la rentabilidad sino la regulación del precio. En la cláusula anotada sólo se percibe una prerrogativa unilateral del concedente, que debería tener, como contrapartida, un derecho del concesionario a pedir la revisión por insuficientes beneficios.

Todo ello, además, puede verse agravado cuando se prevén cláusulas de rescate unilateral y discrecional fundado en el interés público —a ejercer en cualquier momento—, que excluyen el lucro cesante<sup>42</sup>, los gastos improductivos y otros conceptos similares<sup>43</sup>.

Por lo demás, previsiones contractuales de esa clase no se condicen con el principio de libre competencia, entre las terminales del Puerto de Buenos Aires adjudicadas con anterioridad, que quedara consagrado por Res. MIV 215/00, cuyo Anexo previó una modificación al Artículo 56 del Pliego utilizado en la Licitación 6/93, tal que: “[...] la detección de acciones que atenten contra la libre competencia [...] harán pasibles, a las terminales que se encuentren en este encuadramiento, de la aplicación de sanciones [...]”.

<sup>37</sup> Pliego cit. en n. 34, Art. 37: “Obteniénd[se] una rentabilidad adecuada a la inversión realizada”.

<sup>38</sup> Pliego cit. en n. 34, Art. 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 [...]”.

<sup>39</sup> Pliego cit. en n. 34, Art. 38.1 (véase n. 38).

<sup>40</sup> Ídem n. 39.

<sup>41</sup> Ampliar, con provecho, en Breyer, Stephen, *Regulation and its Reform*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1982, p. 37.

<sup>42</sup> Ver, con provecho, Mertehikian, Eduardo, “Revocación por oportunidad de contratos de infraestructura y resarcimiento del lucro cesante. (Análisis crítico del Régimen Nacional de Contrataciones aprobado por el Decreto Delegado N° 1.023/2001)”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 320:17, Buenos Aires, 2005.

<sup>43</sup> Pliego cit. en n. 34, Art. 77: “El rescate del servicio será causa de extinción [...]. Se entiende por rescate la declaración unilateral del Concedente, discrecionalmente adoptada, por la que da por terminada la Concesión por motivos de interés público [...]. El Concedente indemnizará los eventuales daños y perjuicios que sufra el CDT, exceptuándose expresamente el lucro cesante, los gastos improductivos y otros conceptos similares”.

Esa opción económica también quedó plasmada en la Res. MIV 309/00, cuyo segundo considerando expresa: “[...] sin perjuicio de la claridad de la normativa, no resulta sobreabundante aclarar que el espíritu que ha enmarcado todo el proceso de concesionamiento de terminales en el Puerto de Buenos Aires ha sido el de privilegiar el ‘Principio de la Libre Competencia’”.

En síntesis, no puede fijarse legislativamente un régimen de libre competencia para un universo de terminales licitadas en una época sustrayendo a la terminal a adjudicarse de tal régimen pues se agravia el principio de igualdad entre terminales de un mismo puerto, incluso si se somete una de ellas a un hipotético control unilateral de rentabilidad. Si lo que el legislador quiso es competencia<sup>44</sup>, ésta debe darse tanto entre puertos, como entre terminales de un mismo puerto.

### **V. Acerca de las redolarizaciones.**

Abordar la cuestión de las redolarizaciones dispuestas en los dos sectores que ocupan estas líneas conduce a lo que puede percibirse como el punto más polifacético de esta exposición. Así, se consideran a continuación distintos supuestos según el momento en que se adopta la divisa extranjera, y, luego, se repasan diversos precedentes jurisprudenciales.

Como se señaló antes, Hidrovía celebró su contrato en febrero de 1996 (hallándose vigente la Ley de Convertibilidad), contrato que sufrió los efectos de la Ley N° 25.561 y del Decreto N° 214/2002 en el año 2002. El Decreto N° 576/2002 (de abril de 2002) pesificó las tarifas para cabotaje, y mantuvo, en cambio, dolarizada la tarifa para navegación internacional. Hoy dicho contrato se halla en etapa de renegociación, instancia en la cual cobrarán relevancia las disminuciones y los aumentos de las tarifas que se aprobaran oportunamente; no regirían, en punto a esas variaciones, los efectos típicamente preclusivos de los períodos que se cumplen en los *price-caps* salvo que se adoptare una conclusión económica.

La Terminal Multipropósito del Puerto Rosario, con pliego de 2000, y contrato de julio de 2002, debió receptor, en la etapa de firma del contrato, las medidas gubernamentales dictadas en forma posterior a la elaboración y publicidad del pliego pero antes de la firma del contrato. De allí que el Artículo 18.5 del contrato prevea específicamente que las modificaciones al contrato en aspectos que difieren del pliego no son sino adaptaciones a la Ley N° 25.561, al Decreto N° 214/2002 y restante normativa modificatoria y complementaria. Debe destacarse la esforzada inteligencia adoptada en el reencauce de una licitación de importancia económica cuyo marco de seguridad jurídica sufrió el temblor de la pesificación y la devaluación.

<sup>44</sup> Sobre esta cuestión, véase Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, *La regulación de la competencia y de los servicios públicos*, Buenos Aires, 1999, p. 348 y sigs.

Las Terminales 1 a 5 del Puerto de Buenos Aires, con pliegos de 1993, tenían tarifas dolarizadas, a juego con la convertibilidad de 1991. Debe anotarse que en el año 2002 se produjeron dos decisiones: la Nota AGPSE 137/2002 y la Nota SSPyVN 478/2002, en virtud de las cuales las operaciones internacionales quedan sujetas a tarifas en dólares, y las de cabotaje, a tarifas en pesos. Asimismo, por Res. AGP 59/02, se reducen las tarifas en un 20%, fijándose nuevas tarifas máximas.

Por último, el pliego para la licitación de Terminal 6 prevé tarifas en dólares para tráfico internacional, y para cabotaje se paga el 62.5% de los valores en dólares según la nota final del respectivo anexo. Nuevamente podrían formularse, en este renglón, reparos relativos a la competencia en igualdad de condiciones entre todas las terminales del mismo puerto, independientemente del momento de la adjudicación.

Como es evidente, la cuestión que la jurisprudencia ha debido analizar es la posibilidad de redolarización o de mantenimiento en dólares de las tarifas vinculadas al tráfico internacional. Ello pues las de cabotaje se hallan en pesos, aunque, en algunos casos, atadas al importe en dólares (tal el supuesto aludido, de sufragar el 62.5% de los valores en dólares).

La jurisprudencia que se puede traer a colación emerge de diversas sentencias judiciales, en su mayoría, resoluciones cautelares. Dentro de la provisionalidad de tal clase de medidas, y ante la posibilidad de que no se trate de sentencias firmes, la reseña que sigue apunta a mostrar la diversidad de fundamentos empleados, así como la diversidad de soluciones adoptadas en una materia por demás compleja. Veamos:

En un caso que involucraba a la asociación de importadores y exportadores de la República Argentina, en el cual se solicitaba que cautelarmente se liquidaran las tarifas que perciben los concesionarios de depósitos y terminales portuarias y aeroportuarias a la paridad un dólar equivalente a un peso, la Justicia Contencioso Administrativa Federal de primera instancia rechazó la medida cautelar solicitada. A su turno, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal<sup>45</sup> hizo lugar parcialmente al recurso de apelación de la asociación actora, disponiendo la suspensión de los efectos de la nota de la Administración General de Puertos Sociedad del Estado 137/02, que permitía el cobro de las tarifas en la divisa al cambio del mercado libre para operaciones internacionales mientras que para las de cabotaje se mantenía la relación de un peso equivalente a un dólar. De tal modo, provisionalmente, se dispuso la suspensión de los efectos de esa nota redolarizante 137 (así como la Nota SSPyVP 478/02) en lo relativo al tráfico internacional. En otras palabras, se suspendió la dolarización dispuesta para las tarifas vinculadas al tráfico internacional pues las mismas serían liquidadas “a la paridad un dólar estadounidense un peso”<sup>46</sup> hasta tanto se dictara sentencia definitiva.

<sup>45</sup> CNACAF, Sala III, causa 123.988/02, “Asociación Imp. y Exp. de la Rep. Argentina c/ PEN Ley N° 25.561 - Decretos Nros. 1.570/2001 y 214/2002 s/ amparo Ley N° 25.561”, del 01-10-2002, suscripta por los Dres. Jorge E. Argento y Roberto M. Mordeglija.

<sup>46</sup> Sentencia cit., n. 45, último párrafo.

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>47</sup> inadmitió el recurso extraordinario de la Administración General de Puertos Sociedad del Estado con fundamentos en que no mediaba resolución equiparable a sentencia definitiva si el interesado no acreditaba que lo decidido por la Cámara en cuanto al mantenimiento de la paridad fijada en la Ley N° 25.561 afectara de manera efectiva la prestación del servicio público portuario.

En otra causa, iniciada por una sociedad comercial que se dedica a la fabricación de autopartes para la industria automotriz, la Justicia Contencioso Administrativa de Primera Instancia suspendió cautelarmente, respecto de la actora, las tasas portuarias (que percibe la autoridad portuaria) y las tarifas portuarias (que perciben los concesionarios de las terminales portuarias del Puerto de Buenos Aires) impugnadas tal que se le aplicaran tasas y tarifas al tipo de cambio un peso equivalente a un dólar. En otras palabras, se dispuso la pesificación cautelar de dichas tasa y tarifas. A su turno, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal<sup>48</sup> resolvió dejar sin efecto la medida cautelar decretada con fundamentos, en lo esencial, en que su otorgamiento contravenía lo dispuesto en el Artículo 195 *in fine* del CPCCN: la pesificación produciría una merma en los ingresos derivados de las tasas del orden del 53%.

En otra causa, iniciada por una sociedad anónima exportadora de cueros<sup>49</sup>, la Justicia en lo Civil y Comercial Federal de Primera Instancia hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la actora. De tal modo, suspendió los efectos de la Nota SSPyVN 478/2002, debiendo las terminales del Puerto de Buenos Aires percibir sus tarifas convertidas a la paridad un dólar equivalente a \$1.40 más CER. Habiendo apelado de dicha sentencia tanto las terminales portuarias como el Estado Nacional, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal<sup>50</sup> resolvió confirmar la sentencia apelada. Resulta de interés destacar que los sentenciantes, hábilmente, señalaron que el Estado Nacional no había logrado explicar de qué manera la medida cautelar dispuesta en primera instancia comprometía un servicio público.

En un caso, suscitado por un importante productor de polipropileno de nuestro país, la Justicia Contencioso Administrativa Federal de Primera Instancia hizo lugar a la medida cautelar solicitada por dicha firma, ordenando, en los hechos, la suspensión de la Nota SSPyVN 478/2002; en consecuencia, las terminales portuarias debían facturar las tarifas a los usuarios en pesos, en la relación de cambio un peso un dólar. Apelaron las terminales portuarias y el Estado Nacional, y la Cámara Nacional de Apelaciones en

<sup>47</sup> CSJN, causa A. 595. IX., “Asociación de Importadores y Exportadores de la República Argentina c/ Poder Ejecutivo Nacional Ley N° 25.561 Decretos Nros. 1.570/2001 y 214/2002 s/ amparo sobre Ley N° 25.561”, del 02-08-2005, *Fallos*: 328 (2005), también publicada en *JA* 07-09-2005.

<sup>48</sup> CNACAF, Sala I, causa 54.114/03, “Spicer Ejes Pesados SA - Inc. med. c/ EN - M° Producción y otros s/ proceso de conocimiento”, del 10-06-2004, suscripta por los Dres. Néstor H. Buján y Bernardo Licht.

<sup>49</sup> Cfr. [http://www.inversiones.gov.ar/documentos/cuero\\_empresas.pdf](http://www.inversiones.gov.ar/documentos/cuero_empresas.pdf).

<sup>50</sup> CNACyCF, Sala II, causa 8251/03, “Sadesa S.A. c/ Estado Nacional - PEN - Min. de Producción y otro s/ incid. de apela”, del 15-09-2004, suscripta por los Dres. Marina Mariani de Vidal y Hugo Lezana.

lo Contencioso Administrativo Federal<sup>51</sup>, por mayoría, resolvió revocar la sentencia apelada. El Dr. Coviello votó –en medulosa y fundada disidencia que invocó, entre otros fundamentos, el principio de reserva legal en materia tributaria– por confirmar la sentencia apelada otorgándole al recurso concedido el efecto suspensivo.

Por último, en una causa planteada por una firma dedicada a la explotación de molinos harineros, a la fabricación de aceites vegetales y a la comercialización de productos alimenticios, la Justicia Contencioso Administrativa Federal de Primera Instancia hizo lugar a la medida cautelar solicitada por dicha firma. Apelaron el Estado Nacional, la Administración General de Puertos Sociedad del Estado, y las terminales portuarias. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal<sup>52</sup> revocó la medida cautelar. Para así resolver, y entre otros fundamentos, se remitió a un precedente de la misma Sala<sup>53</sup>, en el cual se revocó la sentencia que había hecho lugar al amparo.

Como puede verse, la jurisprudencia no es unívoca. Mas, al mismo tiempo, cabe reparar en que la redolarización de las mencionadas tarifas (y, en su caso, la correspondiente redolarización de las tasas por percibir por el Estado Nacional) no guarda sino arreglo con pluralidad de medidas que, con posterioridad al dictado de la Ley N° 25.561, y con posterioridad al Decreto N° 214/2002, dispusieron dolarizaciones.

Así, se recordará, entre otras medidas, que:

Por Decreto N° 689/2002 se dispuso, en lo sustancial, que: con efecto a partir del 06-01-2002, no se encuentran comprendidos en lo dispuesto en la Ley N° 25.561 y en el Decreto N° 214/2002, entre otros, las tarifas del servicio público de “transporte de gas natural destinado a la exportación” realizado a través del territorio nacional mediante gasoductos (Art. 1°); ajustándose las “en la forma prevista en las licencias respectivas” (Art. 2°).

Por Decreto N° 704/2002, con efectos retroactivos a la entrada en vigencia del Decreto N° 214/2002, se dispuso que no se encuentran incluidas en la pesificación del Artículo 1° del Decreto N° 214/2002 las obligaciones de dar sumas de dinero en moneda extranjera, contraídas por personas físicas o jurídicas residentes o radicadas en el extranjero, pagaderas con fondos provenientes del exterior, a favor de personas físicas o jurídicas residentes o radicadas en el país aún cuando fuera aplicable la ley argentina.

<sup>51</sup> CNACAF, Sala I, causa 13.438/04, “Petroken Petroquímica Ensenada S.A. - inc. med. c/ PEN – Decreto N° 293/2002 – Ley N° 25.561 y otros s/ amparo Ley N° 16.986”, del 08-03-2005, suscripta por los Dres. Pedro J. J. Coviello, Néstor H. Buján y Bernardo Licht.

<sup>52</sup> CNACAF, Sala II, causa 170.693/02, “Molinos Río de la Plata S.A. c/ EN - Ley N° 25.561 - M° Producción - Subsecretaría P- y V. Navegables y otros s/ medida cautelar (autónoma)”, del 23-02-2006, suscripta por los Dres. Martha Herrera, Jorge H. Damarco y María Inés Garzón de Conte Grand.

<sup>53</sup> CNACAF, Sala II, causa 142.010/02, “Petroquímica Cuyo SAIC c/ EN – PEN – Ley N° 25.561 – Subsecretaría de Puertos y Vías Nav. y otros s/ amparo”, del 05-10-2004, suscripta por los Dres. Jorge H. Damarco y María Inés Garzón de Conte Grand.

Por Decreto N° 1.491/2002, se dispuso que, con efecto a partir del 06-01-2002, los precios de los contratos de exportación por potencia firme y energía eléctrica asociada y los acuerdos de comercialización de generación eléctrica relacionados con dichas exportaciones se facturarán en dólares estadounidenses, ajustándose en la forma prevista en los respectivos contratos (Art. 2°).

Para un panorama de tales medidas y su tratamiento en sede judicial, cabe remitir a jurisprudencia ya publicada<sup>54</sup>.

## VI. Una suerte de balance.

Para cerrar esta breve exposición, pueden esbozarse dos ideas que anidan en el desarrollo efectuado: una, relativa al modo de regulación dispuesto por el privatizador, y la otra, relacionada con las redolarizaciones reseñadas.

Como se dijo antes, en el caso de la concesión por peaje Hidrovía se optó por un régimen de precio fijo vinculado a un peaje que responde a un esquema distributivo del costo fijo anual<sup>55</sup>, y *passthrough*, sin perjuicio de otras clases de modificaciones extraordinarias, sin apreciarse un régimen de temporalidad o periodicidad prístino, lo cual propiciaría concluir en una opción del privatizador que se aleja de los *price-caps*. Para la Terminal Multipropósito del Puerto de Rosario se optó por un precio máximo con más exigencias del plano de la eficiencia<sup>56</sup>, lejos de un esquema de temporalidad o periodicidad en cuanto a las revisiones tarifarias<sup>57</sup>, por lo que habría más un acercamiento a la regulación por tasa de rendimiento, pero con ecos de regulación por *price-caps* en cuanto a las inversiones del primer quinquenio<sup>58</sup>. La Terminal 6 del Puerto de Buenos Aires, que se halla en procedimiento de licitación al pronunciarse esta charla, tiene un pliego que prevé tarifas máximas, gobernadas por el principio de justicia y razonabilidad, así como por consideraciones de eficiencia, por lo que cabe detectar aquí elementos que recordarían, en parte, ambos modos de regulación, si no fuera por

<sup>54</sup> Véase, en especial, la reseña efectuada en la sentencia CNACAF, Sala III, “Colbún S.A. c/ Resol. Enargas 2687/2002”, del 27-05-2005, publicada en *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma Lexis Nexis, 2006, pp. 171/194, esp. cons. 3, pp. 174/177; así como las alternativas en juego en CNCyCF, Sala II, “Administración Nacional de Usinas y Transporte Eléctrico del Uruguay c/ Hidroeléctrica Piedra del Águila S.A. s/ acción meramente declarativa”, del 26-08-2003; en el mismo sentido, la misma sala in re “Administración Nacional de Usinas y Transporte Eléctrico del Uruguay c/ Centro Puerto S.A. s/ acción meramente declarativa” – sentencias del 26-08-2003 y 20-05-2003, respectivamente, publicadas en *ED*, t. 205, p. 87 y sigs.

<sup>55</sup> Art. 6° de la Sección VIII del pliego respectivo.

<sup>56</sup> Art. IV.6 del pliego respectivo: “En ningún caso la eventual modificación [tarifaria] podrá tener como objetivo convalidar ineficiencias [...]”.

<sup>57</sup> Art. IV.6 del pliego respectivo: “En cualquier momento durante el período de la concesión el Concesionario podrá solicitar la modificación [...] de las tarifas máximas”.

<sup>58</sup> Cl. 7.3. del contrato: “Una vez transcurridos los cinco primeros años de la concesión, ejecutadas las obras básicas y las complementarias [...]”.

la cuestión de la aplicabilidad de un índice<sup>59</sup>. A todo evento, la expansión del criterio de justicia y razonabilidad previsto en numerosas leyes desde antiguo, y en forma expresa por la jurisprudencia y la doctrina<sup>60</sup>, se halla reflejado, subsidiariamente, en los

<sup>59</sup> Art. 37 del pliego respectivo: “Las tarifas serán públicas, justas y razonables y se establecerán de manera tal que los ingresos del Concesionario no excedan lo necesario para una explotación eficiente de la Terminal, obteniendo una rentabilidad adecuada a la inversión realizada”.

<sup>60</sup> Acerca de la razonabilidad como principio aplicable, de rango constitucional, véase Cassagne, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, 2da. ed., Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2005, p. 222 (para épocas de normalidad) y p. 238 (para épocas de emergencia). Acerca del mentado principio en el específico campo de las tarifas y su significado, ver Mairal, Héctor A., “La determinación de las tarifas en la concesión de servicios públicos”, en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, Año I, Noviembre 1971, N° 2, p. 53 y sigs., esp. 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 de derecho administrativo*, t. II, 4a ed. act., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, 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.; Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, 8va. ed., Buenos Aires, FDA, 2006, p. VI-20 y sigs.; Comadira, Julio R., *Derecho administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, 2da ed. act. y ampl., Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2003, p. 641; Tawil, Guido S., “Licencia y contrato como título habilitante para la prestación del servicio público”, en AA VV, *Contratos administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Cs. de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 457 y sigs., esp. p. 474; Tawil, Guido S., “Avances regulatorios en América Latina: Una evaluación necesaria”, en *EDA* 2000/2001, pp. 380/404, esp. pp. 392/394 y n. 60; Barra, Rodolfo C., “Servicios públicos y regulación. La concesión aeroportuaria”, en *Rap*, Cs. de la Administración, Buenos Aires, 1999, N° 252, p. 9 y sigs.; Kaufman, Gustavo A., “Tarifas de servicios públicos”, en *ED* t. 127, p. 919 y sigs.; 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, Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1993, pp. 105/114, esp. pp. 112/113; 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., esp. p. 245; 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., esp. p. 219 y sigs.; Cuadros, Oscar A., *Bases constitucionales de la regulación pública*, Universidad Católica de Cuyo, Fondo Editorial de la Universidad Católica de Cuyo, San Juan, 1999, p. 134 y sigs.; Bevillaqua, Norma, “La regulación económica y régimen tarifario en los servicios públicos”, en AA VV, *Contratos administrativos*, jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Cs. de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 522 y sigs., esp. p. 527; 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; Maljar, Daniel E., “Las tarifas telefónicas (con motivo del Decreto N° 92/97)”, en *ED* t. 173, pp. 1117/1137, esp. sección 2; Urrutigoity, Javier, “Retribución en los servicios públicos”, en AAVV, *Los servicios públicos*, Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 63 y sigs., esp. p. 111; 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., esp. p. 39, y en *Contratos administrativos*, jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Cs. de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 503 y sigs., esp. p. 505; Alemany, Jorge F., “La cuestión de las tarifas (A propósito del caso ‘Maruba’)”, en *EDA* 2000/2001, pp. 580/609; 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, esp. pp. 231/234; así como nuestro “El concepto de tarifa justa y razonable”, en *EDA* 2000/2001, p. 510 y sigs.; entre otros, y jurisprudencia en ellos citada.

premencionados casos. Mas la periodicidad ínsita en los *price-caps*, tanto en lo relativo a las revisiones periódicas como a los ajustes periódicos por el índice aplicable, no se percibe nítidamente, y ello no favorece ni la previsibilidad ni la armonía con las variaciones en los términos reales.

El *iter* que lleva del dictado de la Ley N° 25.561 al dictado del Decreto N° 214/2002, y a las parcelas subsecuentes, que distinguen comercio de cabotaje y comercio internacional, lleva naturalmente a considerar los argumentos a favor y los argumentos en contra de la redolarización de las respectivas tarifas en lo que hace a la actividad portuaria y a los servicios prestados por Hidrovía, en el plano del comercio o actividad internacional.

Entre los argumentos en contra de la redolarización de esas tarifas internacionales cabe anotar: (i) que semejan derogaciones singulares a un régimen establecido anteriormente con alcance general, tal que se fijarían privilegios por vía administrativa; (ii) que las tarifas dolarizadas resultantes podrían estar remunerando costos en divisa extranjera o bien costos pesificados; (iii) que esas tarifas dolarizadas estarían generando un subsidio cruzado para que el usuario del comercio de cabotaje sufrague una tarifa por debajo del costo marginal. Pero todas estas reflexiones parten del presupuesto de que se trata de tarifas correspondientes a servicios públicos (pesificadas y congeladas por la Ley N° 25.561), y ya se dijo antes que la afirmación de que la actividad portuaria es irrestrictamente servicio público no se corresponde con la letra de la Ley de Puertos N° 24.093.

Los argumentos que avalan la dolarización dispuesta, en cambio, parecen tener mayor entidad: (i) a operaciones comerciales en moneda extranjera (por ejemplo, exportaciones) corresponderían tarifas en divisa extranjera; (ii) no ha tenido impugnación judicial la redolarización de los precios a tarifa de los Decretos Nros. 689/2002 y 1.491/2002 ya mencionados, y ese extremo iluminaría la forma de encarar las impugnaciones, en sede judicial, a las redolarizaciones dispuestas en los dos sectores que ocupan estas notas; (iii) eventualmente, las operaciones en divisa extranjera generan recursos tributarios genuinos sobre una base dolarizada; (iv) esos ingresos en moneda extranjera constituyen un seguro para el inversor pues la referencia es hacia una de las denominadas “monedas duras”.

## V. Reflexiones finales.

Para concluir, en el específico ámbito de la actividad portuaria, como ya se dijo, el legislador quiso desregular un sector nocivamente hiperregulado: las reflexiones volcadas hacen a tarifas de servicios públicos portuarios, pero, por cierto, es la competencia la que podría brindar los mejores precios por el mejor servicio para los usuarios, y ello clama por la generación de pareja competencia, entre todos los puertos, entre todas sus terminales. Por ende, es imperioso permitir que las firmas que prestan los servicios portuarios fijen precios en libertad, abandonándose el régimen de tarifas máximas reguladas. Se impone, así, concluir el proceso de desregulación que comenzara hace más

de un decenio, hacer cesar la “interferencia<sup>61</sup> reguladora”, para permitir que operen las fuerzas naturales del mercado que tuvo en mente el legislador al sancionar la Ley N° 24.093.

En cuanto a la vía fluvial por peaje ponderada, las tarifas comprendidas en dicho servicio público, de características de monopolio natural, bien valen alguna preocupación no sólo hacia aquéllas, sino también hacia la eficiencia en el servicio público que dichas tarifas remuneran, y, concordantemente, hacia la armonía con las variaciones en los valores reales. Todo ello, con la mirada firme en el largo plazo en el que deben llevarse adelante obras de importancia económica regional, y presuponiendo un adecuado marco de flujo de información institucional, a cuyo fin el modelo brindado en las páginas web de otros entes reguladores nacionales (como el Enargas o el Enre) constituye un excelente modelo para seguir.

<sup>61</sup> La expresión es de Aguilar Valdez, Oscar R., “El acto administrativo regulatorio”, en AA VV, *Acto administrativo y reglamento*, jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, *Rap*, Buenos Aires, 2002, pp. 433/472, esp. p. 437.