

# Jurisprudencia Argentina

BS. AS. 02 / 07 / 2008 • ISBN 978-950-20-1843-0 / FASCÍCULO Nº 1

DIRECTOR: Alejandro P. F. Tuzio

2008 - III

Número Especial

- **CUESTIONES ACTUALES  
DE DERECHO  
REGULATORIO**

- **COORDINADORES:** Mariano Giménez Riili  
Nidia K. Cicero

## Contenido

---

### DOCTRINA

Presentación. **Pág. 2**

Responsabilidad de los entes reguladores por el ejercicio irregular de sus funciones de control: novedades y perspectivas

**Por Ernesto N. Bustelo. Pág. 3**

Los poderes normativos y la estabilidad de las concesiones y licencias de servicios públicos

**Por Juan Carlos Cassagne. Pág. 14**

Técnica normativa y regulación económica

**Por Juan Miguel de la Cuétara Martínez. Pág. 26**

Las ayudas públicas y la regulación económica

**Por Ignacio María de la Riva. Pág. 34**

Asociaciones público-privadas

**Por Verónica Hynes. Pág. 40**

Orden normativo y estabilidad institucional como factores de seguridad jurídica en la regulación económica

**Por Daniel Nallar. Pág. 45**

Servicio público y medidas cautelares

**Por Efraín Quevedo Mendoza. Pág. 61**

La intervención que no cesa, en materia tarifaria

**Por Estela B. Sacristán. Pág. 68**

Regulación económica y medio ambiente

**Por Alberto M. Sánchez. Pág. 77**

Las tarifas. Cambios no explícitos: del *price cap* al *cost plus*

**Por Roberto P. Sobre Casas. Pág. 82**

ción de otras especies de prevención material en la protección de los derechos y de urgencias en el suministro de la tutela jurídica. El elemento clave de diferenciación lo hemos localizado, desde la referida perspectiva teleológica, en la relación que se entabla con el proceso cautelar entre la providencia que se obtiene en éste y la decisión definitiva de la litis, cuya singularidad reside en que la primera se forma en espera de segunda, con el único propósito de crear un estado de cosas—de naturaleza puramente procesal—que permita la adecuada formación de aquélla y su debida realización práctica, sin pronunciarse sobre la relación o situación jurídica controvertida ni proyectar efectos jurídicos particulares con relación a las cosas, personas y conductas que constituyen el sustrato material de dicha relación o situación jurídica” (29).

*i) Conclusión*

Cabe concluir que la orden positiva que emana del juez del proceso administrativo, para crear un estado o relación jurídica provisoria que permita el avance del procedimiento de cognición sin temor de que, durante su curso, ocurra la supresión del interés que el derecho administrativo tutela o se haga extremadamente difícil alcanzar la efectividad de esa tutela declarada cierta por la sentencia definitiva, ni tiene un fin propio—pues está ordenado a la finalidad satisfactiva de la tutela común—ni produce efectos estables en las relaciones jurídicas que son objeto del proceso principal—pues toda su eficacia es procesal y destinada a desaparecer ni bien se logra la tutela material definitiva, que la sentencia final extrae del orden jurídico administrativo—.

## La intervención que no cesa, en materia tarifaria

Por Estela B. Sacristán (\*)

**SUMARIO:**

**I. Preliminar.— II. Algunas nociones centrales.— III. Las etapas del servicio público y sus efectos en las tarifas.— IV. La opción del privatizador y dos ejemplos.— V. Intervención en materia tarifaria.— VI. El microcosmos de las inversiones.— VII. Una mirada más amplia.— VIII. Reflexiones finales**

**I. PRELIMINAR**

El propósito de estas líneas es reflexionar brevemente acerca de los efectos de la intervención estatal en materia tarifaria cuando de servicios públicos previamente privatizados se trata. En especial, se repasarán algunas nociones—en lo sustancial, las de tarifa, su regulación por sistema de tasa de rendimiento y por el de precio tope, nivel tarifario, estructura tarifaria—; luego se recordarán las etapas del servicio público en nuestro país, que, cual resultado de movimientos de una campana, pasan alternativamente por épocas de prestación privada y épocas de prestación estatal, con la resultante menor y mayor intervención estatal en la materia tarifaria. Sentado ello, se ejemplifica el modelo regulatorio tarifario de alguna privatización operada en la década

del '90, se indaga en la última etapa interventora, preanunciada por vía pretoriana y legislada en la ley 25561 (LA 2002-A-44), y se repasa en los efectos de la misma en cuanto a la racionalidad, simplicidad, presunción de legitimidad democrática y especialidad que las decisiones en materia de tarifas—y en materia de las inversiones que las mismas enjuagan— podrían tener y que parecerían haber perdido. Finalmente, se proponen reflexiones relativas no sólo a las tarifas cuando media prestación privada sino también cuando media el grado máximo de intervención estatal, vgr., la reasunción de la prestación del servicio—otrora privatizado— por parte de una instrumentalidad empresarial estatal.

Suelen coincidir tanto la doctrina nacional como la extranjera (1) en que una tarifa es una lista de pre-

(29) Quevedo Mendoza, Efraín I., "Las medidas cautelares en el proceso civil y penal" cit., ps. 83, 84 y 86.

(\*) Para I Jornadas de Estudios de Regulación "Ley y contrato en la regulación económica", 31/3 al 1/4/2006, Hotel Garden Park, Tucumán, Argentina, Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación, UNSTA, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

(1) 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, n. 2, noviembre de 1971, p. 53; Marienhoff,

cios (2), o  
cepción ar  
te: la expre  
nifica "lista  
dose este  
vocación c

La noción  
recería hat  
culada a la  
públicos de  
24065 (L/  
poseen, en  
facultades  
petencia e  
so, podría  
de caracte  
al regulado  
preocupac  
nancias ex  
servicio pú  
preestable  
privatizado

Mas ese ii

Miguel S., "J  
Juan Carlos,  
sus citas; Ar  
Granada, 19  
También se  
tasa y las tar  
Madrid, sept  
prestación d  
2000/2001,  
Empleados y  
(2) En igual  
ejemplo, se  
Fallos 178:2  
(3) También  
cit., t. II, p. 3  
una lista de  
(4) García de  
(5) García de  
(6) El art. 4, d  
públicos com  
servicio de tr  
telecomunica  
subterráneo;  
de Buenos Ai  
l) el sistema  
(7) Arts. 56.d  
contratos que  
con las corre  
(8) Gordillo, A  
de un lustro c  
de haber tarif  
ganancias sin  
monopólicos,  
(9) Puede am  
fomento", Uni

cios (2), ordenables en un cuadro tarifario (3). Tal concepción armoniza con la que se deduce etimológicamente: la expresión proviene de su similar en árabe, que significa "lista" (4), y equivale a lista de precios (5), hallándose este significado etimológico aunado también a la vocación de publicidad que ese listado poseería.

La noción de servicio público —cuya enumeración parecería haberse hoy cristalizado (6)— suele aparecer vinculada a la noción de tarifa; de hecho, diversos servicios públicos declarados tales por ley —repárese en las leyes 24065 (LA 1992-A-74) o 24076 (LA 1992-B-1636)— poseen, en el respectivo marco regulatorio y entre las facultades del regulador respectivo, la específica competencia en materia tarifaria (7). Es por ello que, incluso, podría argüirse que la tarifa es una lista de precios de características especiales: son precios que interesan al regulador, y la intervención de éste podrá provenir de preocupaciones del privatizador ante eventuales ganancias excesivas (8) derivadas de la prestación del servicio público, por mediar monopolio natural o legal preestablecido por razones de eficacia en la operación privatizadora, entre otros supuestos.

Mas ese interés del regulador no puede entenderse

como infinito: siempre deberá tener, como límite a no traspasar, el rendir honor al acuerdo, compromiso o contrato previo entre el prestador y quien otorgara la concesión de servicio público o la licencia. Especialmente en materia tarifaria.

De tal modo, en las relaciones entre concedente y prestador la tarifa aparece como un acuerdo, fruto del compromiso original: al firmarse el contrato de concesión o al adjudicarse la licencia se incluye un cuadro tarifario inicial, y posteriormente se producen los cuadros tarifarios nuevos a aplicar. En las relaciones entre prestador y concedente aparecerá, entonces, la tarifa, como manifestación de ese contrato, por lo que puede decirse que ostenta naturaleza contractual. Y esa tarifa posee la virtualidad de erigirse, a los ojos del usuario, como acto de alcance general una vez que es publicada después de la aprobación o registración en sede del regulador. Por ello se puede puntualizar que la tarifa posee una naturaleza dual cuando media delegación del cometido por vía de una concesión de servicio público o licencia: una naturaleza contractual o convencional (en las relaciones concedente-prestador), y una naturaleza de acto de alcance general (de cara a los usuarios) (9).

Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", t. II, 4ª ed. act., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 137; Cassagne, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", t. II, 7ª ed. act., Ed. Abeledo-Perrot - LexisNexis, Buenos Aires, 2003, p. 312, n. 71 y sus citas; Ariño, Gaspar, "Principios de Derecho Público Económico", Ed. Comares - Fundación de Estudios de Regulación, Granada, 1999, p. 529; Bianchi, "La regulación económica", t. I, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 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, año IV, n. 12, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, septiembre-diciembre de 1953, ps. 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, ps. 405/417; criterio otrora adoptado por la Corte Sup. en "Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones de Empleados y Obreros Ferroviarios v. FF.CC. Central Argentino", Fallos 152:385 (1928), esp. p. 413.

(2) En igual sentido, Moliner, María, "Diccionario de uso del español", t. II, Ed. Gredos, Madrid, 1983, p. 1268. A modo de ejemplo, se detecta el empleo de la expresión "precio" en el caso "Cía. Ítalo-Argentina de Electricidad v. Gobierno Nacional", Fallos 178:293 (1937).

(3) También se ha admitido que es una lista de tasas: conf. 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 127-919, 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.

(4) García de Diego, Vicente, "Diccionario etimológico español e hispánico", Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1985, p. 387.

(5) García de Diego, Vicente, "Diccionario etimológico..." cit., p. 387.

(6) El art. 4, decreto 311/2003 (LA 2003-C-2833) 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.

(7) Arts. 56.d, ley 24065 y 52.e, ley 24076 (compete al regulador "[e]stablecer las bases para el cálculo de las tarifas de los contratos que otorguen concesiones a transportistas y distribuidores y controlar que las tarifas sean aplicadas de conformidad con las correspondientes concesiones y con las disposiciones de esta ley").

(8) 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", Ed. FDA, Buenos Aires, 1999, ps. 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".

(9) Puede ampliarse en nuestro "Naturaleza jurídica de las tarifas. Sistemas tarifarios", en AA.VV., "Servicio público, Policía y fomento", Universidad Austral, Ed. RAP, Buenos Aires, 2004, ps. 795/844.

Por cierto, cuando el servicio no es brindado por un prestador privado mediante privatización, sino prestado por el Estado mismo o por una de sus instrumentalidades empresariales, pierde algo de sentido la regulación del precio en el sentido apuntado: el Estado establecerá una tarifa pero no mediará acuerdo previo con prestador alguno pues no se puede imaginar que aquél, como persona jurídica de derecho público, pacte una tarifa consigo mismo como prestador. Lo cual no implica desdeñar que se pueda concebir, incluso en ese escenario, cierto control o regulación del precio para protección de los usuarios que deben sufragarlo ante las eventuales ineficiencias de la prestación. Es que, a fuer de verdad, cuando un servicio es prestado por una firma privada—mediando concesión de servicio público o licencia—siempre puede acechar el fantasma de la quiebra (10), hipótesis que suele desterrarse cuando el servicio es prestado por el Estado. Éste suele hallarse ubicado en un medio donde los incentivos a la eficiencia se hallan ausentes (11), ámbito en el cual se erige en persona siempre solvente, y siempre dispuesto a prestar un servicio público al menor precio, o incluso en forma gratuita, especialmente por razones políticas, escenario donde cobra relevancia el aporte del ciudadano común contribuyente.

## II. ALGUNAS NOCIONES CENTRALES

Tender la mirada hacia el derecho comparado y hacia la experiencia argentina, en especial la que arrancara a fines de la década del '80, permite detectar la adopción de dos regímenes básicos de regulación de las tarifas mediante prestación privada: el sistema de *rate of return*, o de tasa de rendimiento o de tasa de retorno, vinculable a la historia de la regulación norteamericana, y el sistema de *price caps*, propio de la regulación británica. Se trata de dos maneras de regular o controlar las tarifas, esto es, de controlar el precio, en nuestro caso, de un servicio público.

La diferencia neural entre esos dos modos de regulación de las tarifas radica en que el primero apunta a controlar la rentabilidad de la firma, por lo que protege, *prima facie*, contra las ganancias excesivas o las pérdidas de igual clase sin atender en forma directa a cuestiones de eficiencia o ineficiencia; al tiempo que

el segundo tiende a controlar el precio mediante la fijación de un precio máximo o precio tope, privilegiándose la exigencia de eficiencia que despliega la firma, y colocándose la cuestión de las ganancias no en un primer plano sino en un plano al que tributan otros elementos a considerar, periódicamente (12). No se agota el universo de modos de regulación de las tarifas en esas dos modalidades (13), pero a efectos del presente trabajo bastará con considerar solamente esas dos, claramente consagradas en marcos regulatorios de nuestro país, incluso con matices propios.

La materia tarifaria, además, suele conllevar dos conceptos neurales a ella asociados: el denominado *nivel tarifario*, que hace al requerimiento general de ingresos de la firma, y la llamada "*estructura tarifaria*", que hace a las tarifas específicas para cada clase de usuarios o para cada tipo de servicio. Una ilustración sobre ambos conceptos surgiría del rebalanceo telefónico operado en nuestro país y que fuera dirimido por la Corte Suprema en el año 1998 (14): se modificaba la estructura general de tarifas con un efecto neutro para las licenciatarias del servicio básico telefónico.

## III. LAS ETAPAS DEL SERVICIO PÚBLICO Y SUS EFECTOS EN LAS TARIFAS

La historia del servicio público en la Argentina (15) puede ser vista a través de la óptica comparada, y al así hacerse se podrán detectar puntos de encuentro. Así, por ejemplo, en el Reino Unido la prestación de servicios que aquí son considerados servicios públicos, inicialmente brindados por prestadores privados, habría conducido a ineficiencias propias de la ausencia o insuficiencia de la regulación y, posteriormente, a la prestación por los gobiernos municipales, comenzando la era de las nacionalizaciones en el año 1907, proceso nacionalizador que halló su pico máximo durante los gobiernos laboristas británicos de 1945/1951. Francia evidencia, hacia el año 1946, un dato de jerarquía constitucional que no puede ser soslayado: la Constitución francesa de ese año consagró, en su Preámbulo (hoy vigente en virtud del Preámbulo de la Constitución francesa de 1958), que los servicios públicos eran de propiedad de la colectividad.

En la Argentina, comenzando con una etapa en que la

(10) Vickers, John y Yarrow, George, "*Privatization. An Economic Analysis*", The MIT Press, Londres, 1997, ps. 8/27.

(11) En igual sentido, Domberger, Simon y Piggot, John, "*Privatization Policies and Public Enterprise: A Survey*", en Bishop, Matthew, Kay, John y Mayer, Colin (eds.), "*The Regulatory Challenge*", Oxford University Press, Oxford, 1996, p. 36; De Alessi, Louis, "*The Economics of Property Rights*", en *Research in Law and Economics*, vol. 2, JAI Press Inc., Connecticut, 1980, ps. 1/47, esp. ps. 41 y ss.

(12) Puede ampliarse en nuestro "Eficiencia y tarifas (con especial referencia al factor X)", en RDA, 2001, ps. 173/202.

(13) A todo evento, véanse la pluralidad de sistemas que explican Laffont, Jean-Jacques y Tirole, Jean, "*A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*", The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1993.

(14) "Prodelco", Fallos 321:1252 (1998) (JA 2001-II, síntesis).

(15) Ampliar en Bianchi, Alberto B., "Una noción restringida del servicio público (aportes para su cuarta etapa)", en RDA, 2005, ps. 499/549.

tarifa se cons  
pactada entr  
2002-B-235  
tan extraño  
evidenciaría  
desemboca  
de justicia y  
querimientos  
5315). Se re  
la materia (1  
en la Constit  
pocos años  
Commerce C  
en nuestro p  
etapa que a  
abandonada  
modificación  
tunamente a  
bajo la aparé  
titución franc  
ción propian  
redes ferrovir  
tánicos, oper  
do entre los  
Estado arger  
mente. Corol  
argentina en  
reforma de  
son estatales  
entonces, q  
tatory y conce  
—y la tarifa a  
Surgiría así la  
fijado por el  
que si bien la  
tuvo vigencia  
sobrevivior  
vatizadora, il  
vio la luz a f

(16) Ampliar "Entel", en RC  
(17) Este ing  
Derechos fran  
Documentack  
de 2004, ps.  
(18) Puede ve  
y precios ofici  
Finanzas y Dr.  
(19) Debe rej  
*Electricity and*  
(20) Rees, R  
*Regulatory Ch*  
*the Politics of*  
Cowan, Simo  
Massachuset  
Newman, Pet  
y ss., esp. p.

mediante la  
privilegián-  
ega la firma,  
as no en un  
ibutan otros  
(12). No se  
de las tarifas  
ctos del pre-  
mente esas  
regulatorios  
ios.

var dos con-  
minado nivel  
l de ingresos  
a", que hace  
e usuarios o  
sobre ambos  
ico operado  
la Corte Su-  
la estructura  
ara las licen-

## ICO

na (15) pue-  
ada, y al así  
cuento. Así,  
ión de servi-  
úblicos, ini-  
ados, habría  
sencia o in-  
ite, a la pres-  
enzando la  
07, proceso  
durante los  
351. Francia  
de jerarquía  
o: la Consti-  
u Preámbulo  
Constitución  
icos eran de

pa en que la

3/27.

✓, en Bishop,  
36; De Alessi,  
ut, 1980, ps.

173/202.

of Incentives

in RDA, 2005,

tarifa se consagra legislativamente como pactada o pactada entre el Estado y el prestador (ley 750 [LA 2002-B-2356]) (16) a modo de acuerdo, que no sería tan extraño a la noción de contrato privado y que se evidenciaría ajeno a la noción de servicio público, se desemboca en regulaciones de las tarifas bajo el criterio de justicia y razonabilidad, con atención hacia los requerimientos de ingresos de la firma (leyes 2873 o 5315). Se recoge así la experiencia norteamericana en la materia (17), donde se había consagrado ese criterio en la Constitución del estado de Georgia de 1877, y pocos años después, en la ley que creara la *Interstate Commerce Commission*. Posteriormente sobrevienen en nuestro país las nacionalizaciones, en una primera etapa que arranca cuando las redes ferroviarias son abandonadas por haber dejado de ser rentables por modificación unilateral estatal de los beneficios oportunamente acordados, y en una segunda etapa que, bajo la aparente influencia del Preámbulo de la Constitución francesa de 1946, culmina con la reestatización propiamente dicha: se opera la compra de las redes ferroviarias hasta entonces en poder de los británicos, operación que se lleva a cabo con pleno acuerdo entre los gobiernos, tal que el 1/3/1948 pasa el Estado argentino a administrar esos ferrocarriles libremente. Corona esta etapa la reforma de la Constitución argentina en 1949, tal que el nuevo art. 40—según la reforma de 1949—declara que los servicios públicos son estatales, inconcedibles e inenajenables. Es claro, entonces, que todo tinte de tarifa pactada entre prestador y concedente queda eliminado: el servicio público—y la tarifa a él asociada—sería de la esfera estatal. Surgiría así la noción de tarifa como acto reglamentario, fijado por el Estado, a pagar por los usuarios. Nótese que si bien la mentada reforma constitucional de 1949 tuvo vigencia hasta 1956, sus efectos nacionalizadores sobrevivieron por varias décadas. La siguiente ola, privatizadora, insinuada en la década del '80 (18), sólo vio la luz a fines de 1989 y principios de los '90. La

primera experiencia privatizadora argentina fue la de la ex Entel.

La etapa nacionalizadora europea ya reseñada halló un vuelco de campana en el Reino Unido en la década del '80: ampliamente conocidas son las privatizaciones llevadas a cabo en esos años. Se adopta, primordialmente, la regulación de tarifas mediante *price caps*, esto es, mediante la regulación del precio máximo, a juego con consideraciones de nivel tarifario y de estructura tarifaria. Esos *price caps* conllevan, en esencia, la inclusión, en las licencias, de fórmulas para calcular y fijar las tarifas. Estas fórmulas, ampliamente difundidas entre los usuarios (19), importan (i) la aplicación de un índice de reajuste (por ej., el índice de precios al consumidor), del cual (ii) se resta un objetivo de eficiencia, el riesgo por el cumplimiento del cual recae exclusivamente en la firma tal que debe reducir costos para obtener ganancias, y al cual (iii) en algunas industrias se suma un objetivo de inversiones destinadas a beneficiar a los usuarios—factor que aplica, según los casos, cuando esas inversiones no pudieren ser recuperadas mediante la tarifa a rentabilidad razonable (20)—, el riesgo por el cual se traslada a éstos, y al cual (iv) en algunas industrias se suma el traslado o *passthrough* de ciertos costos. Todo ello, sobre una sólida base de periodicidad: aplicación periódica del índice (por ej., semestral); revisión periódica del factor de eficiencia (por ej., quinquenal) y, en su caso, de inversiones (concomitante con la revisión del objetivo de eficiencia); en su caso, traslado de ciertos costos incontrolables por la firma.

Se advertirá que los *price caps* no implican ni se agotan con la automática aplicación de un índice. Tampoco significan en forma exclusiva un ajuste automático permanente a modo de reaseguro para la firma contra las variaciones de los precios contemplados en el índice, variaciones aquéllas exógenas a la firma. Antes bien, la fórmula, que en su versión más simple conlleva un

(16) Ampliar en Grecco, Carlos M., "Potestad tarifaria, control estatal y tutela del usuario (A propósito de la privatización de Entel)", en RDA, 1990, ps. 481/518.

(17) Este ingreso del estándar norteamericano en nuestro país es puntualizado por Mairal, Héctor A., "La influencia de los Derechos francés, español y norteamericano en el concepto de servicio público en el Derecho Administrativo argentino", en Documentación Administrativa, ns. 267/238, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, septiembre de 2003/abril de 2004, ps. 339/365, esp. p. 354.

(18) Puede verse, con provecho, Petrei, Humberto A. y Givogri, Carlos A. (dirs.), "Estudio sobre las tarifas de servicios públicos y precios oficiales", Ministerio de Economía, Hacienda y Finanzas (Dr. Lorenzo J. Sigaut, ministro de Economía, Hacienda y Finanzas y Dr. Horacio Arce, subsecretario de Programación Económica), Buenos Aires, 1981.

(19) Debe repararse en la publicación del *National Consumer Council "Paying the Price. A Consumer View of Water, Gas, Electricity and Telephone Regulation"*, HMSO, Londres, 1993.

(20) Rees, Ray y Vickers, John, "RPI-X Price-cap Regulation", en Bishop, Matthew, Kay, John y Mayer, Colin (eds.), "The Regulatory Challenge", Oxford University Press, Oxford, 1996, p. 358 y ss., esp. p. 378; Taylor, Graham, "State Regulation and the Politics of Public Service. The Case of the Water Industry", Mansell, London, 1999, p. 95 y ss. Conf. Armstrong, Mark, Cowan, Simon y Vickers, John, "Regulatory Reform. Economic Analysis and British Experience", The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1999, p. 180; Newbery, DAVID M., "Rate of Return Regulation versus Price Regulation for Public Utilities", en Newman, Peter (ed.), "The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law", vol. 3, Ed. Macmillan, Londres, 1998, p. 205 y ss., esp. p. 207.

índice del cual se resta el objetivo de eficiencia (RPI - X), implica que la tarifa se reajusta en algo menos que ese índice: se trata del índice menos el objetivo de eficiencia (21). Así, el régimen apunta, en lo primordial, a proteger a la firma parcialmente contra los cambios en las variaciones de los precios ponderados en el índice, y a exigirle a la firma un esfuerzo en eficiencia tal que se proteja a los usuarios contra sus ineficiencias.

#### IV. LA OPCIÓN DEL PRIVATIZADOR Y DOS EJEMPLOS

En las privatizaciones argentinas iniciadas a fines de 1989 y cumplimentadas durante la década del '90 se adoptaron primordialmente los *price caps* en las licencias y concesiones correspondientes a importantes servicios públicos. En el plano de las relaciones prestador-Estado tal adopción se corporizó en forma contractual -en el marco de un contrato de concesión, o en licencias cuyos aspectos contractuales han sido admitidos por la doctrina (22)-, por lo que devela un firme tinte convencional. Las fórmulas respectivas pueden leerse, por ej., para las licencias de transporte y distribución de gas, en el decreto 2255/1992 (LA 1992-C-3596). De tal modo, lo tarifario adquirió un basamento netamente contractual, y al ser aprobadas las tarifas por el ente regulador o al ser las mismas registradas ante dicho ente, para los usuarios, se vieron las mismas dotadas de caracteres de acto de alcance general.

Lo dicho no implica suponer que el privatizador argentino desdeñó las tarifas reguladas por el sistema de tasa de rendimiento o *rate of return*, que el privatizador británico se había esforzado por soslayar. Antes bien, la lectura de, por ejemplo, las leyes 24065 y 24076 permite inferir la expresa consideración de ambos modos de regulación, con énfasis, empero, en el sistema de *price caps*, dada la periodicidad involucrada. El aspecto positivo de tal opción se perfila a poco de que se repara en que dicho sistema -como se adelantara- fue creado para contrarrestar el principal óbice formulado a la regulación por el sistema norteamericano de *rate of return*: éste no protegía a los usuarios ante las in-

ficiencias del prestador, extremo por el cual sí vedaba, en forma expresa, el régimen de *price caps*, al contemplar expresamente, en la fórmula, la exigencia de eficiencia que se demandaría del prestador.

La particularidad que se detecta en las fórmulas de *price caps* adoptadas en importantes servicios públicos en nuestro país es la inclusión, en las fórmulas, de un índice no argentino sino extranjero. Como se recordará, en 1989 se dictó la ley 23696 (LA 1989-B-1132) cuyo art. 1 declaró la emergencia de los servicios públicos; y en 1991 se dictó la ley 23928 (LA 1991-A-100), de convertibilidad entre los entonces australes (posteriormente, pesos, decreto 2128/1991 [LA 1991-C-3057]) y el dólar norteamericano, cuyo art. 7 estableció que para el deudor de australes se vedaba la indexación. Ello permitió que las licencias y concesiones en las que se adoptaran los *price caps* -cuya fórmula incluye, como se vio, un índice, que, en nuestro país, fue un índice extranjero- contuvieran cuadros tarifarios iniciales con tarifas fijadas en dólares estadounidenses, y la remisión a un índice extranjero, sin perjuicio de que, al momento de la facturación, ésta se emitiera en pesos.

Desde una perspectiva práctica, acudir a la ley 24076 ilustra lo dicho hasta aquí. Esa ley, de 1992, de regulación del servicio público de transporte de gas bajo un régimen de monopolio natural y del servicio público de distribución de gas bajo un régimen de monopolio legal, fundado en la eficacia de la operación privatizadora, consagró los *price caps*, en especial en su art. 41 (23), y en sus arts. 95 y 96 desterró los efectos de la ley 23928 de Convertibilidad, al establecer que la ley 24076 era "de orden público", tal que no se podían alegar en su contra derechos irrevocablemente adquiridos, y que "en caso de conflicto normativo entre otras leyes y la presente [ley 24076], prevalece esta ley [ley 24076]".

A su vez, el decreto 2255/1992, que fijó las condiciones de las licencias, estableció en el n. 9.4.1.4 la fórmula aplicable y aplicada: en lo que aquí interesa, que el precio nuevo sería igual al precio vigente reajustado por el índice, menos el objetivo de eficiencia más el

objetivo de in-  
dex norteamer-  
cana de *price*  
dos para la re-  
y de inversio-  
1998 y 2002  
una garantía  
usuarios pues  
por ej., se lle-  
da cuenta la n-  
se verá más a  
y en algunos c-  
revisión quinc-  
sthrough de la  
arts. 37, inc.  
al sistema de  
supuestos. Tr-  
años (25), cor-  
talmente, en

También ilust-  
producido en  
Entel. Allí se c-  
de precio cor-  
índice argenti-  
tes de la tom-  
después de c-  
antes de que  
por el *consum*  
al consumidor  
CPI - X (30).  
2585/1991  
y permite la c-  
en función de  
en el valor d  
desarrollar

(24) Art. 42, l-  
(25) Art. 6, de  
(26) N. 5.7 y c-  
(27) Decreto (c-  
privatización d-  
sobre "Regula-  
(28) Decreto (c-  
(29) Por decre-  
las acciones c-  
Telecom Arge-  
(30) Decreto (c-  
(31) B.O. del  
(32) Con relac-  
"precio"; con-  
emplea la exp-  
(33) Decreto (c-  
(34) Asimismo  
que modifique  
aprueba, "las  
"respetando l-  
en el present-  
Telecom Arge-

(21) A modo de ejemplo, tomemos RPI - X, donde RPI es 1,4% y X es 0,2%: el precio nuevo es el precio vigente reajustado por RPI - X; el precio vigente será reajustado no por 1,4% en forma automática, como si sólo se tratara de la aplicación del índice, sino por 1,4% (índice) menos 0,2% (objetivo de eficiencia); así, será reajustado solamente por 1,2%, no por 1,4%.

(22) Cassagne, Juan Carlos, "Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización", en LL 2002-B-855. No diferenciando entre licencia y concesión a los efectos como los aquí expuestos, Dalla Via, Alberto, "Estudios sobre Constitución y Economía", Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, ps. 170/172, así como Bianchi, Alberto B., "La regulación económica" cit., t. I, ps. 322/354, y reseña doctrinaria allí efectuada. Conf. Sarmiento García, Jorge H., "La licencia y la concesión como títulos habilitantes para la prestación de los servicios públicos", en Cassagne, Juan Carlos (dir.), "Servicio público y Policía", Ed. El Derecho-Universitas, Buenos Aires, 2006, ps. 177/185, esp. p. 183.

(23) "En el curso de la habilitación las tarifas se ajustarán de acuerdo con una metodología elaborada sobre la base de indicadores de mercado internacional que reflejen los cambios de valor de bienes y servicios representativos de las actividades de los prestadores. Dichos indicadores serán a su vez ajustados, en más o en menos, por un factor destinado a estimular la eficiencia y, al mismo tiempo, las inversiones en construcción, operación y mantenimiento de instalaciones".

el cual se vio... caps, al con... exigencia de... dor.

las fórmulas, ex... servicios públicos... fórmulas, de... no se recorda... 1989-B-1132),... servicios públi... A 1991-A-100),... industriales (post... 1 [LA 1991-C... art. 7 estableció... daba la indexa... concesiones en... cuya fórmula in... nuestro país, fue... adros tarifarios... estadouniden... ro, sin perjuicio... ésta se emitiera

a la ley 24076... 1992, de regu... de gas bajo un... vicio público de... monopolio legal... n privatizadora... su art. 41 (23)... de la ley 23928... 24076 era "de... gar en su contra... y que "en caso... s y la presente... 076]".

lizó las condicio... 9.4.1.4 la fór... úi interesa, que... ante reajustado... ciencia más el

igente reajustado... la aplicación del... no por 1,4%... tras los procesos... expuestos, Dalla... 03, ps. 170/172... efectuada. Conf... servicios públicos",... X6, ps. 177/185,

sobre la base de... de las actividades... do a estimular la

objetivo de inversiones. El índice era el *producer price index* norteamericano, de aplicación semestral. Se trataba de *price caps* quinquenales, con períodos prefijados para la revisión quinquenal del objetivo de eficiencia y de inversiones corriendo entre 1992 y 1997, entre 1998 y 2002, etc. (24). Esa revisión quinquenal era una garantía de transparencia y consenso para los usuarios pues conllevaba la participación de éstos. Así, por ej., se llevó a cabo la audiencia pública de la que da cuenta la resolución Enargas 463/1997. Mas, como se verá más adelante, tal periodicidad fue interrumpida, y en algunos casos se llegó a cumplir sólo con la primera revisión quinquenal. Se sumaba a esta escena el *pass-through* de los costos que la ley señala, por ej., en sus arts. 37, inc. a (precio del gas en el punto de ingreso al sistema de transporte) y 41 (impuestos), entre otros supuestos. Todo ello, en el marco de licencias a 35 años (25), con cláusula de reversión (26), y, fundamentalmente, en el marco de industrias capital-intensivas.

También ilustra lo dicho acudir al decreto 62/1990 (27), producido en oportunidad de la privatización de la ex Entel. Allí se consagró la fórmula IPC - X, esto es, índice de precio consumidor menos objetivo de eficiencia. El índice argentino (28) contemplado, aplicado desde antes de la toma de posesión, es reemplazado en 1991 después de dictada la Ley de Convertibilidad 23928 y antes de que se perfeccionara la privatización (29) por el *consumer price index*, o CPI o índice de precios al consumidor estadounidense, fijándose la fórmula CPI - X (30). Ese reemplazo se concreta por decreto 2585/1991 (31), que dolariza el precio (32) del pulso y permite la corrección de dicho valor semestralmente en función del CPI publicado (33); ello, con fundamento en el valor de los insumos involucrados en el normal desenvolvimiento del servicio y en pos del otorgamiento

de seguridades a los inversores con relación al porcentaje del paquete accionario cuya venta aún no se había operado (34). La exclusividad, en este servicio, concluyó el 8/10/2000. Se trata de licencias por tiempo indeterminado enderezadas a entrar en libre competencia con otros prestadores, en las que el peso de las inversiones es a riesgo de la licenciataria, y donde las inversiones mismas se hallan presionadas por el avance tecnológico.

## V. INTERVENCIÓN EN MATERIA TARIFARIA

Pues bien, la plena intervención —al menos en el marco provisional, cautelar— en materia tarifaria se opera en los dos ejemplos mencionados con posterioridad al cambio de gobierno de fines de 1999.

Dentro de lo que podría visualizarse como un objetivo político de que no hubiera aumentos en las tarifas que sufragaban los usuarios de gas, el decreto 669/2000 difiere en el tiempo la aplicación del ajuste por el *producer price index* ya mencionado para las licenciatarias de transporte y distribución de gas. En la causa iniciada por la Defensoría del Pueblo de la Nación se ordena judicialmente la suspensión cautelar de ese decreto por resolución de la justicia contencioso-administrativa de primera instancia de fecha 18/8/2000, decisión que es confirmada sin más por la alzada el 5/10/2001. El 8/7/2003 se produce el dictamen de la Procuración General ante la Corte Suprema, y de allí en más las vicisitudes son de público conocimiento: el 12/5/2005 se produce el laudo arbitral en la causa "CMS" en sede del CIADI haciéndose lugar parcialmente a la demanda incoada, y pocos días después, el 24/5/2005, la Corte Suprema declara mal concedidos los recursos extraordinarios de las licenciatarias y rechaza las quejas pre-

(24) Art. 42, ley 24076.

(25) Art. 6, decreto 1738/1992 (LA 1992-C-3484).

(26) N. 5.7 y concs., modelo de licencia del decreto 2255/1992.

(27) Decreto 62/1990, B.O. del 12/1/1990 (LA 1990-A-82), de llamado a concurso público internacional con base para la privatización de la prestación del servicio público de telecomunicaciones y de aprobación del respectivo pliego, esp. apart. XII, sobre "Regulación de las tarifas de los servicios básicos".

(28) Decreto 62/1990, n. 12.3.1.

(29) Por decreto 778/1991, del B.O. 9/5/1991 (LA 1991-B-1661), se había dispuesto la venta, por ofrecimiento público, de las acciones ordinarias clase B, integrantes del capital accionario de las sociedades licenciatarias Telefónica de Argentina y Telecom Argentina.

(30) Decreto 62/1990, n. 12.1. El servicio básico telefónico es definido en el n. 8.1. del pliego, decreto 62/1990.

(31) B.O. del 17/12/1991.

(32) Con relación a las licenciatarias Telecom Argentina Stet-France Telecom S.A. y Nortel Inversora S.A. se emplea la expresión "precio"; con relación a las licenciatarias Telefónica de Argentina y Compañía de Inversiones en Telecomunicaciones S.A. se emplea la expresión "precio tope".

(33) Decreto 2585/1991, Anexo I, art. 2.

(34) Asimismo, se establece en dicho decreto 2585/1991 que en caso de que se "produjeran hechos extraordinarios o actos que modifiquen el marco económico jurídico establecido por la ley 23928", dentro del cual se celebra el acuerdo que el decreto aprueba, "las partes se comprometen a revisar y, en su caso, a acordar tarifas que se adecuen a la nueva situación"; ello, "respetando los principios considerados en el Anexo I del decreto 62/1990 y sus modificatorios, en el contrato de transferencia, en el presente acuerdo, y en las normas aplicables". Todo ello, conf. art. 10, Anexo I del decreto 2585/1991, Acuerdo entre Telecom Argentina Stet-France Telecom S.A., Nortel Inversora S.A. y el Estado Nacional.

sentadas por no mediar sentencia definitiva o equiparable a tal. De este modo, para el sector mencionado, y en los hechos, el último ajuste por el índice operó a fines de 1999.

Asimismo, en la causa iniciada por Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios contra las licenciatarias telefónicas, si bien el pedido de suspensión cautelar de la aplicación del índice no prospera en la justicia contencioso-administrativa de primera instancia, el 4/10/2001 la alzada revoca la anterior resolución y suspende la aplicación del ajuste por el *consumer price index* ya mencionado. En los hechos, el último ajuste por el índice opera a principios de 2000.

Culmina esta etapa con la sanción de la ley 25561 en el año 2002, que, con efectos generales, dispone 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 \$ 1 = U\$S 1"; y con el dictado del decreto 214/2002 (LA 2002-A-86), cuyo art. 1 establece: "A partir de la fecha del presente decreto quedan transformadas a pesos todas las obligaciones de dar sumas de dinero, de cualquier causa u origen -judiciales o extrajudiciales- expresadas en dólares estadounidenses, u otras monedas extranjeras, existentes a la sanción de la ley 25561 y que no se encontrasen ya convertidas a pesos". Se da también comienzo a la renegociación de los servicios públicos enumerados posteriormente en el decreto 311/2003 (LA 2003-C-2833).

(35) C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 3ª, 27/5/2005, "Colbún S.A. v. Enargas, resolución 2687/2002", no apelada, publicada en RDA, 2006, ps. 171/194, sobre aplicación del índice extranjero. También puede verse el caso de la Administración General de Puertos, fallado por la Corte Suprema el 2/8/2005, declarándose mal concedido el recurso extraordinario de dicha Administración contra la resolución de la C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 3ª, que había suspendido la nota que permitía liquidar en dólares los servicios de almacenaje.

(36) Cuyo art. 2 establece: "Los precios de los contratos de obra pública, correspondientes a la parte faltante de ejecutar, podrán ser redeterminados a solicitud de la contratista cuando los costos de los factores principales que los componen, identificados en el art. 4 del presente decreto, hayan adquirido un valor tal que reflejen una variación promedio de esos precios superior en un 10% a los del contrato, o al precio surgido de la última redeterminación según corresponda... Esta redeterminación será aplicable únicamente a los contratos de obra pública regidos por la ley 13064 (ALJA 1853-1958-1-378) y sus modificatorias, y no será de aplicación a las concesiones con régimen propio y cobro directo al usuario, como así tampoco a los contratos de concesión de obra y de servicios, licencias y permisos".

Y cuyo art. 4 establece: "Los nuevos precios se determinarán ponderando los siguientes factores según su probada incidencia en el precio total de la prestación: a) el precio de los materiales y de los demás bienes incorporados a la obra; b) el costo de la mano de obra de la construcción; c) la amortización de equipos y sus reparaciones y repuestos; y d) todo otro elemento que resulte significativo a criterio del comitente. Un 10% del precio total del contrato se mantendrá fijo e inamovible durante la vigencia del mismo".

(37) Las licencias del decreto 2255/1992 previeron, para el primer quinquenio, la realización de inversiones obligatorias destinadas, en general, a obras de seguridad de los sistemas de gasoductos, exigibles según determinadas metas físicas y económicas.

(38) Esto es, emprendimientos realizados por terceros, de índole pública o privada, los cuales, una vez habilitados, son transferidos a la prestadora para su operación y mantenimiento por razones de interés público.

Entretanto se producen decretos por los cuales se redolarizan o se mantienen en dólares ciertos precios o tarifas, y se efectúan planteos sobre reajuste por el índice extranjero (35). Ciertos servicios ingresan en la renegociación -puede verse, por ej., el art. 4, inc. h, decreto 311/2003-, otros egresan de ella -art. 4, inc. j, decreto 311/2003-. También se dicta el decreto 1295/2002 (LA 2002-C-3400) (36) para los contratos de obra pública.

Dentro del marco de la decisión política contenida en la ley 25561 se colocan así las tarifas afuera de su basamento contractual, situación cuya consecuencia natural es afectar las inversiones, contracara natural de las tarifas, pues éstas son las que permiten aquéllas.

## VI. EL MICROCOSMOS DE LAS INVERSIONES

En el plano de las inversiones, y tomando por ejemplo lo acontecido en los servicios públicos de transporte de gas y de distribución de gas, la simplicidad, claridad y la garantía para los usuarios prevista originariamente en la ley 24076 y en el decreto 2255/1992 se han visto desplazadas hacia un medio que ofrece pluralidad de sistemas de remuneración de inversiones, en compleja coexistencia, pluralidad de regímenes que, a su vez, no ofrece tanta transparencia ante los usuarios como el originariamente previsto, propio de los *price caps*.

Considérense estos sistemas:

a) El régimen originario preveía obras sujetas al art. 16, ley 24076. Se trataba de obras a realizar por la licenciataria por su propia iniciativa cuando la tarifa permitiera el financiamiento de aquéllas (37), o mediando acuerdos con terceros en el marco de precitado artículo cuando la tarifa resultara insuficiente (38). Ambas han

sido fat  
señado

b) El ré  
nados  
factor k  
decreto  
razonab  
los Proy  
el ente,  
y sólo c  
firma y  
el servic  
de inver  
aplicará  
do servi  
y racion  
los usua  
se dijo-  
rán, ad  
miento l  
por el ír  
insustan  
objetivo  
Ello, en  
namente

Por fuera  
se consti  
de export  
mentar e  
curren pe  
gración e  
como co  
ción no d  
tiempo y  
rios naci  
transport

Ahora, m

c) Los dei  
movidos  
expansio  
mas: i) la  
co de la r  
de fideico  
primeros,  
transporte  
de condici  
ron neutra  
de los seg

(39) Art. 4:

(40) Funda

Teoría y exp

(41) Art. 6,

(42) C. Nac

(43) Urbizc

cuales se refieren a los precios o ajuste por el ingreso en la art. 4, inc. h, a -art. 4, inc. ta el decreto los contratos

contenida en afuera de su consecuencia para natural de en aquéllas.

## RESIONES

por ejemplo transporte de ad, claridad y gnariamente 1992 se han ce pluralidad nes, en com- es que, a su los usuarios de los price

as al art. 16, por la licen- tarifa permi- o mediando itado artículo . Ambas han

ada, publicada ración General e dicha Admi- itía liquidar en

e de ejecutar, os componen, e esos precios determinación sus modifica- a los contratos

ada incidencia b) el costo de elemento que ble durante la

es obligatorias retas físicas y

ibilitados, son

sido fatalmente afectadas por el congelamiento ya re- señado.

b) El régimen originario preveía, además, los denominados "Proyectos K", acordes con la incorporación del factor k en la fórmula ya apuntada especificada en el decreto 2255/1992, tal que se mantenga incólume la razonable rentabilidad de la firma (39). La práctica de los Proyectos K implica que, una vez determinado por el ente, el factor de inversiones se aplica por semestres y sólo después de que la inversión propuesta por la firma y autorizada por el regulador comienza a prestar el servicio a los usuarios; en otras palabras, el factor de inversiones se fija mirando hacia el pasado, pues se aplicará contra obras aprobadas, ejecutadas y prestando servicios (40). Tal inteligencia brinda transparencia y racionalidad al sistema de inversiones a los ojos de los usuarios, quienes habiendo participado -como ya se dijo- en la elaboración del factor k, nunca sufragará, además, inversiones no realizadas. El congelamiento legislativo de la ley 25561, al vedar el ajuste por el índice, desparató la fórmula toda, tomándose insustanciales tanto el objetivo de eficiencia x como el objetivo de inversiones k contenidos en dicha fórmula. Ello, en razón de la integralidad de la fórmula oportunamente consagrada.

Por fuera de ambos regímenes quedan las obras que se construyen como consecuencia de los compromisos de exportación, que no deben de manera alguna incrementar el costo en el que los usuarios nacionales incurren para recibir el servicio; ello, por expresa consagración en la norma: "Las obras que se construyan como consecuencia de los compromisos de exportación no deberán, bajo ninguna circunstancia de modo, tiempo y lugar, incrementar el costo en el que los usuarios nacionales incurran para recibir los servicios de transporte y distribución del gas natural" (41).

Ahora, más recientemente, se detectan:

c) Los denominados "programas de fideicomisos" promovidos por el gobierno para el financiamiento de las expansiones. Estos fideicomisos adoptaron dos formas: i) la forma de fideicomisos promovidos en el marco de la resolución Enargas 2877/2003; y ii) la forma de fideicomisos reglados por el decreto 180/2004. Los primeros, destinados a incrementar la capacidad de transporte de los usuarios industriales y comerciales, y de condiciones más favorables para esos usuarios, fueron neutralizados con los anuncios de la consagración de los segundos. Estos últimos, reglados por el decreto

180/2004 y la resolución MP 185/2004, originan financiamiento privado para los transportistas troncales. Este nuevo sistema regla el fideicomiso, así como el proyecto de financiamiento, con limitación de la responsabilidad patrimonial asumida por quienes financian los proyectos. Es de público conocimiento la demora significativa operada en los plazos de implementación de estos programas -que incluso provocaron la revisión judicial (42)-, y la incertidumbre en materia de reglas de asignación de la capacidad de transporte que resulte.

d) Finalmente, deben considerarse los planes de inversión previstos en los acuerdos de renegociación: se exige, como contrapartida a ciertos incrementos tarifarios en el período de transición, el cumplimiento de planes de inversión, acordados en la renegociación, por parte de las empresas prestadoras del servicio público. Es clara la ausencia de incentivos en esta clase de inversiones de cara al régimen originariamente previsto.

A partir de lo dicho en esta sección se advierte no sólo la pérdida de la finalidad primariamente prevista por el privatizador en materia de inversiones -en esencia, incentivación de las mismas, consenso y transparencia de cara a los usuarios, comparándose los ítems a y b recién expuestos y los ítems c y d-, sino también la realidad de las serias cuestiones de estructura tarifaria que pueden suscitarse a la luz de su financiamiento -ítem c-.

Es justamente a propósito de este último ítem y su consagración legislativa mediante la creación de cargos específicos para la remuneración de obras de infraestructura energética que se ha apuntado, con exacta verosimilitud, que:

"[E]sos cargos se concentren en los usuarios industriales (como muy posiblemente será el caso...) parece políticamente más apetecible todavía... La eficiencia de la gestión pública de las inversiones, por otra parte, no es muy promisoría, a juzgar por la experiencia argentina previa al proceso de privatización de la década del '90 y, en definitiva, dificultará significativamente aplicar penalidades por deficiencias de servicio que se deriven de esas inversiones (como sí pudo hacerse, por ejemplo, en el apagón de la estación Azopardo en 1999, ocasión en la cual Edesur fue penalizada y los usuarios fueron compensados por más de 80 millones de dólares)..." (43).

Como puede verse, las consecuencias de esos cargos específicos de cara a consideraciones de estructura

(39) Art. 41, inc. 2, párr. 3º, decreto 1738/1992.

(40) Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, "La regulación de la competencia y de los servicios públicos. Teoría y experiencia argentina reciente", Buenos Aires, 1999, p. 453.

(41) Art. 6, decreto 729/1995.

(42) C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 3ª, "Samez, Antonio v. Enargas", del 27/5/2005, LNOL 35001953.

(43) Urbiztondo, Santiago, "Cargos específicos, una mala medida", en diario La Nación del 6/2/2006, secc. II, p. 3.

tarifaria –si se los visualizara como integrantes de la tarifa– en tanto vinculables a objetivos políticos, y las posibles ineficiencias ínsitas en su gestión, bien merecen más de una preocupación relativa a los efectos del abandono de la regulación de las inversiones tal como se las concibiera originariamente (ítems a y b, *supra*).

### VII. UNA MIRADA MÁS AMPLIA

Hasta aquí se ha repasado, en apretada síntesis, una suerte de conceptualización (secc. II) y delimitación de etapas de las tarifas (secc. III), con ilustraciones de su esquema original (secc. IV), y los cambios derivados de la intervención (secc. V), así como los cambios operados en materia de inversiones en un sector en particular (secc. VI). Todo ello parecería conducir hacia el alejamiento de los objetivos tenidos primariamente en mira por el privatizador y hacia el abandono del núcleo convencional oportunamente tenido en cuenta.

Ahora, desde una perspectiva más amplia, se advierte, además, el cambio en el rol del Estado, que se refleja también en materia tarifaria, y en especial en su componente contractual, desvanecido en algunos de estos contextos: i) utilización de fondos total o parcialmente estatales para obras de infraestructura de transporte de electricidad (44); ii) 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 (45); iii) reasunción de la prestación del servicio interurbano de transporte

ferroviario de pasajeros de largo recorrido, interjurisdiccional (46); iv) creación de una empresa estatal de correo oficial hasta la reprivatización respectiva (47); v) rescisión y transferencia de una concesión a una unidad de gestión operativa hasta tanto se re-licite aquella (48); vi) construcción y explotación de redes por parte de gobiernos provinciales (49); vii) el decidido reingreso estatal en la prestación de servicios públicos en tanto socio de socios privados bajo una asociación público-privada (50); viii) creación de Agua y Saneamiento Argentinos S.A. (51), de propiedad estatal.

A ello se suma la grave neutralización de los entes reguladores creados por ley y dotados de autarquía, esto es, inseridos en un contexto de control de alzada o de tutela, y la relegación de sus específicas competencias en materia tarifaria, mediante el establecimiento de la intervención previa y necesaria de un órgano de la Administración centralizada respecto de todo acto relativo a la fijación, determinación, ajuste, aumento o reducción de todo precio, tarifa, gravamen, canon, compensación, subvención, arancel, subsidio, tasa o cargo (52).

### VIII. REFLEXIONES FINALES

A partir de los cambios reseñados en las seccs. V a VII de este trabajo se advierte hoy el paso de una concepción contractual de las tarifas en las relaciones entre la firma y el prestador, y de la protección a los usuarios emergente de ella, a una concepción parcial o total-

(44) Puede verse la ley 25822, cuyo art. 1 ratifica y establece como de realización prioritaria el Plan Federal de Transporte Eléctrico (resoluciones SE 174/2000, 175/2000, 178/2000 y 182/2000), que fuera incluido en el art. 49 y anexos de la ley 25565 (LA 2002-B-1630) y sus fuentes de financiamiento. Dicho art. 49, ley 25565 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 art. 2, inc. a, ley 25152 de Responsabilidad Fiscal (LA 1999-D-421.1). 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 24156 (LA 1992-C-3353) y 24629 (LA 1996-A-155). Véase, asimismo, la resolución SE 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 diario La Nación, del 19/9/2005, secc. II, p. 3. Conf. Natale, Alberto A., "La oscuridad está a la vista", en diario La Nación, del 19/7/2005, secc. I, p. 19.

(45) Ley 25943 (LA 2004-D-4780); decreto 1692/2004 (LA 2004-D-4664).

(46) Decreto 1261/2004 (LA 2004-D-4714).

(47) Decretos 721/2004 y 1758/2005. Ampliar en Balbín, Carlos F., "Régimen jurídico de las actividades empresariales del Estado. Las empresas absorbidas por el Estado", en AA.VV., "Organización administrativa, función pública y dominio público", jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ed. RAP, Buenos Aires, 2005, ps. 625/637, esp. ps. 629/630.

(48) Decreto 798/2004. Véanse, asimismo, las medidas cautelares en C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 3ª, "Asociación Protección Consumidores Transportes Públicos v. Estado Nacional - Ministerio de Planificación", del 14/12/2004; íd., sala 4ª, "Transportes Metropolitanos Gral. San Martín S.A.", del 16/9/2004.

(49) Decreto 1094/2003 (LA 2003-C-3425), del 3/7/2003, suscripto por el gobernador de la provincia de Buenos Aires.

(50) Art. 2, inc. d, decreto 967/2005 (LA 2005-C-3005). Como antiguo antecedente de tal posibilidad puede verse la ley 24, del 27/6/1855 (publicada en ADLA 1852-1880, tomo 1-1073, esp. 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).

(51) Decreto 304/2006 (B.O. del 22/3/06).

(52) Resolución MPFIPYS 2000/2005 (B.O. del 22/12/2005).

mente re-  
cervos y  
y consen-  
advierte  
materia d  
a la segur  
menciona  
teria tarifa  
la ausenc  
unilaterali  
tralizada e

Para aque-  
tación por  
de los *pro*  
hubiera si  
privatizac  
del decret  
bien relati  
cado en e  
líneas. La  
la reinscr  
pesificaci  
La instal

## Regu

## SUMARIO

### I. INTROD

La cuestió  
ambiente e  
posiciones  
portantes  
tensión ant  
la complej  
un desarrol  
pies necesi  
de preserva  
po aparece  
científico, u  
ponen en p  
explotación

(1) Recomi  
comentario d

rrido, interjuris-  
presa estatal de  
pectiva (47); v  
ión a una unidad  
ite aquélla (48);  
es por parte de  
cido reingreso  
úblicos en tanto  
ciación público-  
aneamiento Ar-  
al.

de los entes re-  
autarquía, esto  
rol de alzada o  
eficacias compe-  
te el estableci-  
ecesaria de un  
da respecto de  
inación, ajuste,  
arifa, gravamen,  
ancel, subsidio,

is seccs. V a VII  
de una concep-  
aciones entre la  
a los usuarios  
parcial o total-

ral de Transporte  
/ anexos de la ley  
ancieros y el uso  
a el ejercicio, en  
ce que la Ley de  
se originen por la  
1992-C-3353) y  
o Fiduciario para  
n el presupuesto  
diario La Nación,  
19/7/2005, secc.

mpresariales del  
ominio público",  
25/637, esp. ps.

iación Protección  
4ª, "Transportes

Buenos Aires.  
a verse la ley 24,  
ivo a conceder el  
de esa empresa

mente reglamentaria desligada, aparentemente, de in-  
centivos para el prestador o de garantías de eficiencia  
y consenso para los usuarios. Y, al mismo tiempo, se  
advierde un franco cambio en la actuación estatal en  
materia de servicios públicos. Parecería haberse vuelto  
a la segunda etapa histórica del servicio público, antes  
mencionada, donde la prestación estatal afecta la ma-  
tería tarifaria, con predominio de la unilateralidad y de  
la ausencia de incentivos a la eficiencia, y donde esa  
unilateralidad se desplaza de la Administración descen-  
tralizada a la Administración centralizada.

Para aquellos supuestos en los que continúa la pres-  
tación por firmas privadas reguladas, la reconstrucción  
de los *price caps* originariamente previstos—cuando ése  
hubiera sido el modo de regulación adoptado por el  
privatizador—no es ardua. Prueba de ello es el dictado  
del decreto 1295/2002, ya mencionado, el cual, si  
bien relativo a las obras públicas, bien podría ser repli-  
cado en el ámbito de las industrias que ocupan estas  
líneas. La reconstrucción de las fórmulas sólo requiere  
la reinsertión de un índice nacional a aplicar, pues la  
pesificación tendríase por dada por el decreto 214/2002.  
La reinstalación del índice traería aparejado el natural

reingreso de los objetivos de eficiencia y—en su caso—  
de inversiones, ínsitos en las fórmulas, respeto del tras-  
lado de los costos previstos. Ello, sin perjuicio de la  
recomposición que, por las consecuencias del *lag* oca-  
sionado por las medias interventoras mencionadas, se  
acordare. La significancia política de aquella reinser-  
ción, o sus efectos políticos, bien se neutralizaría con  
la reinstalación de la vigencia de las fórmulas integrales  
oportunamente adoptadas, para beneficio de los usua-  
rios presentes y futuros, y para recuperar la vigencia de  
los incentivos y consensos ínsitos en ellas.

Finalmente, en cuanto a las tarifas de los servicios pú-  
blicos a prestar directamente por las instrumentalida-  
des empresariales estatales, podemos preguntarnos si,  
reasumida la prestación por una instrumentalidad es-  
tatal, no será adecuada garantía para los usuarios la  
implementación de *price caps* enderezados a obtener,  
de parte del prestador estatal, lo que se erigió en exi-  
gencia a las empresas privadas prestadoras durante la  
plena vigencia de los *price caps* acordados en la res-  
pectiva licencia o concesión: transparencia, participa-  
ción, armonía con los términos reales y, por encima de  
todo, una prestación eficiente.

## Regulación económica y medio ambiente

Por Alberto M. Sánchez

### SUMARIO:

**I. Introducción.— II. Los puntos de partida.— III. ¿Ante una evolución o una involución?— IV. Hacia una ética de la comunión con lo creado.— V. La cuestión en el orden internacional.— VI. Principios liminares para una regulación jurídica.— VII. Conclusión**

### I. INTRODUCCIÓN

La cuestión de la vinculación entre regulación y medio ambiente es sumamente compleja, ya que intervienen posiciones con un fuerte sesgo ideológico frente a importantes intereses económicos, ambos en constante tensión ante la obligación de resolver, adecuadamente, la compleja ecuación que representa la exigencia de un desarrollo sustentable que permita paliar las múltiples necesidades humanas, por un lado, y la obligación de preservar el ecosistema, por el otro. Al mismo tiempo aparece, en razón de la gradualidad del desarrollo científico, una serie inagotable de interrogantes que ponen en permanente observación las condiciones de explotación del medio ambiente. En no pocas oportu-

nidades los debates se encarnizan entre quienes no pueden terminar de dar garantías de inocuidad y quienes no pueden terminar de probar la certeza del daño.

A todo ello se suma una cada vez más creciente percepción de la importancia de preservar el ecosistema, que comienza a perfilarse como una suerte de conciencia universal. Ciertamente es que ello no se ve inmediatamente reflejado en las prácticas de explotación ni en las políticas públicas del área pero, aun así, la conciencia ecológica crece a lo largo y a lo ancho del planeta. El importante desarrollo de la normativa internacional en la materia (1), de la que daremos luego cuenta, y el protagonismo asumido por diversas organizaciones no gubernamentales internacionales son prueba de ello.

(1) Recomiendo en este punto vivamente la compulsión de la magnífica obra de Drnas de Clément, Zlata (dir.) "Codificación y comentario de normas internacionales ambientales", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001.