

VRBE ET IVS

revista de
opinión
jurídica

SERVICIOS PUBLICOS



ESCRIBEN:

JORGE SALOMONI
ALBERTO BIGLIERI
JUAN M. GONZALEZ MORA
ESTELA SACRISTAN

JUAN F. SEGUI
CESAR JAVIER GIL
ALBERTO CELOTTO
JUAN M. COLOMBO

TESTIMONIO

HANS THOMAS

MUERTE A PETICIÓN:
¿CARIDAD O CRIMEN?

La *rentrée* estatal en los servicios públicos y la materia tarifaria

■ **Por Estela B. Sacristán**

Abogada, Universidad Católica Argentina
es@bmgal.com.ar

Suele coincidir, tanto la doctrina nacional como extranjera, en que una tarifa es una lista de precios, ordenables en un cuadro tarifario. Tal concepción armoniza con la que se deduce etimológicamente: la expresión proviene de su similar en árabe, que significa "lista", y equivale a lista de precios.

Palabras claves: tarifas - servicios públicos - regulación - privatización - precio máximo

Either the national doctrine or the foreign one sometimes coincide with the fact that a tariff is a list of prices ordered within a rates chart. Such a conception agrees with the etymological one: the expression originates in its similar definition in Arabic meaning 'list' and referring to a list of prices. The term public service is usually linked to the term 'rate'.

Keywords: tariff - public service - regulation - privatisation - price caps

■ I. Un punto de partida:

Suele coincidir, tanto la doctrina nacional como extranjera¹, en que una tarifa es una lista de precios², ordenables en un cuadro tarifario³. 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 precios⁵.

La noción de servicio público -cuya enumeración hoy se ha cristalizado⁶- suele aparecer vinculada a la noción de tarifa; de hecho, diversos servicios públicos declarados tales por ley -repárese en la ley 24.065 o en la ley 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 regulados, a diferencia de los precios libremente fijados; se los regula de cara a los usuarios y esa regulación podrá provenir de preocupaciones por eventuales ganancias excesivas⁷ derivadas de la prestación del servicio público, por mediar monopolio natural o legal preestablecido por razones de eficacia en la operación privatizada, entre otros supuestos.

Ma
infinita: siem
el rendir hor
entre el pro
materia tari

De
y prestador,
acuerdo ori
adjudicarse
cial, y poste
nuevos a
concedente
festación d
naturaleza
de erigirse,
general un
puede pur
dual: con
concedent
cara a los

un prest:
prestado
mentalida
regulació
establece
con pres
aquél, co
una tarif
implica c
escenari
tección
eventual
de verda
privada
cia- sier
hipótesis
prestado
medio
ausente
solvente
co al m
mente p
vancia

Más esa regulación no puede entenderse como infinita: siempre deberá tener, como límite a no traspasar, el rendir honor al acuerdo, compromiso o contrato previo entre el prestador y el concedente. Especialmente en materia tarifaria.

De tal modo, en las relaciones entre concedente y prestador, la tarifa aparece como un acuerdo, fruto del acuerdo original: al firmarse el contrato de concesión o al adjudicarse la licencia se incluirá el cuadro tarifario inicial, y posteriormente se producirán 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 se dice que tiene naturaleza contractual. Y esa tarifa posee la virtualidad de erigirse, a los ojos del usuario, como acto de alcance general una vez que es aprobada y publicada. Por ello se puede puntualizar que la tarifa posee una naturaleza dual: contractual o convencional (en las relaciones concedente-prestador), y de acto de alcance general (de cara a los usuarios).

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 fuerza 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 quiebra⁸, 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 ausentes⁹, 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. Dos opciones, entre otras:

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 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; al tiempo que el segundo tiende a controlar el precio mediante la fijación de un precio máximo o precio tope, colocándose la cuestión de las ganancias no en un primer plano sino en un plano al que tributan otros elementos a considerar, periódicamente.

No se agota el universo de modos de regulación de las tarifas en esas dos modalidades¹⁰, pero a efectos del presente bastará con considerar solamente esas dos, claramente consagradas en regímenes como los de la ley 24.065 y 24.076, 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. En Argentina, ambas nociones estuvieron insitas en el rebalanceo telefónico llevado ante la Corte Suprema en el año 1998¹¹, que modificaba la estructura general de tarifas con un efecto neutro para las licenciatarias del servicio básico telefónico.

III. Tarifas y etapas del servicio público:

La historia del servicio público en Argentina¹² puede ser vista a través de la óptica comparada, y al así hacerse se

podrán detectar punto de encuentro. Así, por ejemplo, en 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 jeraquia 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 Argentina, comenzando con una etapa en que la tarifa se consagra legislativamente como pactada o pactada entre el Estado y el prestador (ley 750 1/2) 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 materia¹³, 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 las 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 1/3/48 pasa el Estado argentino a administrar los 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 eliminada: el servicio público -y la tarifa a él asociada- sería prestado por el Estado, quien no podría pactar consigo mismo una tarifa. Nace así la noción de tarifa como acto reglamentario, fijado por el Estado, a pagar por los usuarios. Nótese que, si bien la mentada

reforma tuvo vigencia hasta 1956, sus efectos nacionalizadores sobrevivieron. La siguiente ola, privatizadora, insinuada en la década del '80, sólo vió la luz a fines de 1989 y principios de los noventas. La primera experiencia privatizadora argentina fue la de la ExEntel.

La etapa nacionalizadora europea ya reseñada halló un vuelco de campana en 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, 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) se suma -en algunas industrias- 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 razonable¹⁴-, el riesgo por el cual se traslada a éstos, y al cual (iv) se suma -en algunas industrias- el traslado o *passthrough* de ciertos costos. Todo ello, sobre una sólida base de periodicidad: aplicación periódica del índice; revisión periódica del factor de eficiencia y, en su caso, de inversiones; traslado periódico de costos, en su caso.

Se advertirá que los *price caps* no implican la automática aplicación de un índice, o un ajuste automático permanente a modo de reaseguro para la firma contra las variaciones de los precios contemplados en el índice; antes bien, la polinomia de la fórmula, que en su versión más simple conlleva un 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 eficiencia¹⁵. 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 protege a los usuarios contra la ineficiencia aquélla.

IV. La opción del privatizador:

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 doctrina¹⁶-. Las fórmulas respectivas pueden leerse, por ej., para las licencias de transporte y distribución de gas, en el Dto. 2255/92. De tal modo, lo tarifario adquirió un basamento netamente contractual, y al ser aprobadas las tarifas por el ente regulador, 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 24.065 y 24.076 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 advierte a poco 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 ineficiencias del prestador, extremo por el cual sí velaba, 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 23.696, cuyo art. 1° declaró la emergencia de los servicios públicos; y en 1991 se dictó la ley 23.928 de convertibilidad entre los entonces australes (posteriormente, pesos, dto. 2128/91) 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.

V. Dos ejemplos prácticos:

Desde una perspectiva práctica, acudir a la ley 24.076 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. 41¹⁷ y en sus arts. 95 y 96 desterró los efectos de la ley 23.928 de convertibilidad al establecer que la ley 24.076 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 24.076], prevalece esta ley [24.076]".

A su vez, el dto. 2255/92, que fijó las condiciones de las licencias, estableció, en el numeral 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 inversiones. El índice era el *producer price index* norteamericano, de aplicación semestral. Se trataba de *price-caps* quinquenales, con periodos prefijados para la revisión quinquenal del objetivo de eficiencia y de inversiones corriendo entre 1992 y 1997, entre 1998 y 2002, etc.¹⁸ Esa revisión quinquenal era una garantía de transparencia y consenso para los usuarios pues conllevaba la participación de éstos. Mas, como se verá más adelante, tal periodicidad fue interrumpida, y en algunos casos solo se llegó a cumplir con la primera revisión quinquenal. Se sumaba a esta escena el *passthrough* 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), art. 41 (impuestos); entre otros supuestos. Todo ello, en el marco de licencias a 35 años¹⁹, con cláusula de reversión²⁰, y, fundamentalmente, en el marco de industrias capital-intensivas.

También ilustra lo dicho acudir al dto. 62/90²¹ 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 argentino²² contemplado, aplicado desde antes de la toma de posesión, es reemplazado en 1991 después de dictada la ley de convertibilidad 23.928 y antes de que se perfeccionara la privatización²³ por el *consumer price index* o CPI o índice de precios al consumidor estadounidense, fijándose la fórmula CPI - X²⁴. Ese reemplazo se concreta por dto. 2585/1991²⁵, que dolariza el precio²⁶ del pulso,

permite la corrección de dicho valor semestralmente en función del CPI publicado²⁷; ello, con fundamentos en el valor de los insumos involucrados en el normal desenvolvimiento del servicio y en pos del otorgamiento de seguridades a los inversores en relación al porcentaje de paquete accionario cuya venta aún no se había operado²⁸. La exclusividad, en este servicio, concluyó el 8/10/00, procediéndose, en teoría, a la fijación de *price caps* anuales en un marco de libre competencia. Ya se verá que sucedió, en los hechos. 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 halla presionadas por el avance tecnológico.

VI. 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 en forma concomitante, casi, con el 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 dto. 669/00 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 18/8/00, decisión que es confirmada sin más por la alzada el 5/10/01. El 8/7/03 se produce el dictamen de la Procuración General ante la Corte Suprema y de allí en más los vicisitudes son de público conocimiento: el 12/5/05 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 24/5/05, la Corte Suprema declara mal concedidos los recursos extraordinarios de las licenciatarias y rechaza las quejas presentadas 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 se 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 la sus-

pensión cautelar de la aplicación del índice es rechazada por la Justicia contenciosoadministrativa de primera instancia, el 4/10/01 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 del 2000.

Culmina esta etapa con la sanción de la ley 25.561 en el año 2002 que, con efectos generales, veda la aplicación del índice a todas las licencias y concesiones de servicios públicos, y con el dictado del dto. 214/02 de pesificación de todas las obligaciones. Se da también comienzo a la renegociación de los servicios públicos enumerados posteriormente en el dto. 311/03.

Entre tanto se producen decretos por los cuales se redolarizan o se mantienen en dolares ciertos precios o tarifas o se los mantiene sujetos cláusulas de reajuste por el índice foráneo²⁹. Ciertos servicios ingresan en la renegociación -puede verse, por ej., el dto. 311/03, art. 4°, inc. h)-, otros egresan de ella -dto. 311/03, art. 4°, inc. j)-. También se dicta el dto. 1295/02³⁰ para los contratos de obra pública.

Dentro del marco de la decisión política contenida en la ley 25.561 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 deberían estar enderezadas a remunerar aquéllas.

VII. El microcosmos de las inversiones:

En el plano de las inversiones, y tomando por ejemplo lo acontecido en el servicio público de transporte y distribución de gas, la simplicidad, claridad, y la garantía para los usuarios prevista originariamente en la ley 24.076 y en el dto. 2255/92, se ha visto desplazada 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:

- 1. El régimen originario preveía obras sujetas al art. 16 de la ley 24.076. Se trataba de obras a realizar por la licenciataria por su propia iniciativa cuando la tarifa per-

mitiere
 acuerdo
 cuando
 fatalme

■ 2. El
 nados
 factor
 2255/9.
 rentabi
 implica
 inversi
 la inve
 regulac
 otras p
 hacia e
 ejecuta
 transpa
 los ojo
 como y
 sufraga
 lamien
 el indí
 tancial
 vo de i
 razón
 consag

que se
 misos
 increm
 incurre

■ 3. Le
 movide
 expans
 La for
 Res. El
 reglade
 increm
 industr
 bles p
 anunci
 mos, r
 origina
 troncal
 como

rechazada e primera por resolución de 19/02/02 de la ley 25.561, inc. j).
de la ley 25.561, veda la realización de inversiones de capital de más de 10 millones de pesos en el período de transición, el cumplimiento de ciertos planes de inversión 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.

■ 2. El régimen originario también preveía los denominados "proyectos K", acordes con la incorporación del factor k en la fórmula ya apuntada especificada en el dto. 2255/92 tal que se mantenga incólumne la razonable rentabilidad de la firma³³. 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 servicios³⁴. Tal inteligencia brinda transparencia y racionalidad al sistema de inversiones a los ojos de los usuarios, quien habiendo participado - como ya se dijo - en la elaboración del factor K, nunca sufragará, además, inversiones no realizadas. El congelamiento legislativo de la ley 25.561, al vedar el ajuste por el índice, desbarató la fórmula toda, tornándose 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 servicio³⁵.

Ahora, más recientemente, se detectan:

■ 3. Los denominados "programas de fidei-comisos" 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 Res. Enargas 2877/03, y (ii) la forma de fideicomisos reglados por el Dto. 180/04. 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. Éstos últimos, reglados por el Dto. 180/04 y la Res. MP 185/04, originan financiamiento privado para los transportistas troncales. Este nuevo sistema regla el fidei-comiso, así como el proyecto de financiamiento, con li-mitación 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 -incluso por haber mediado intervención judicial³⁶ -, y la incertidumbre en materia de reglas de asignación de la capacidad de transporte que resulte.

■ 4. 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 ciertos planes de inversión 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 solo 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- sino también la realidad de las cuestiones de estructura tarifaria que pueden suscitarse a la luz de su financiamiento.

VIII. En perspectiva más amplia:

Hasta aquí se ha repasado, en apretada síntesis, una suerte de conceptualización (sección II), y delimitación de etapas de las tarifas (sección III), con ilustraciones de su esquema original (sección IV), y los cambios derivados de la intervención (sección V), así como los cambios operados en materia de inversiones (sección 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 mira.

Ahora, desde una perspectiva más amplia, se advierte, además, un 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 electricidad³⁷; (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 electricidad³⁸; (iii) reasunción de la prestación del servicio interurbano de transporte fer-

roviario de pasajeros de largo recorrido, interjurisdiccional³⁹; (iv) creación de un empresa estatal de correo oficial hasta la re-privatización respectiva⁴⁰; (v) rescisión y transferencia de una concesión a una unidad de gestión operativa hasta tanto se re-licite aquélla⁴¹; (vi) construcción y explotación de redes por parte de gobiernos provinciales⁴²; (vii) el decidido reingreso estatal en la prestación de servicios públicos en tanto socio de socios privados bajo una asociación público-privada⁴³; (viii) creación de Agua y Saneamiento Argentinos S.A.⁴⁴.

A ello se suma la grave neutralización de los entes reguladores creados por ley y dotados de autarquía, mediante el establecimiento de la intervención previa y necesaria de un funcionario 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 cargo⁴⁵.

IX. Reflexiones finales:

A partir de los cambios reseñados en las secciones 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 totalmente reglamentaria desligada de incentivos para el prestador o de garantías de eficiencia y consenso para los usuarios. Y, al mismo tiempo, se advierte 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 materia tarifaria, con predominio de la unilateralidad y de la ausencia de incentivos a la eficiencia, y donde esa unilateralidad se desplaza de

la administración descentralizada en grado de autarquía a la administración centralizada.

Para aquellos supuestos en los que continúa la prestación por firma privadas reguladas, la reconstrucción de los *price-caps* originariamente previstos -cuando ese hubiera sido el modo de regulación adoptado por el privatizador- no es ardua. Prueba de ello es el dictado del 1295/02 ya mencionado. La reconstrucción de las fórmulas sólo requiere la reinsertión de un índice nacional a aplicar, pues la pesificación tendriase por dada por el dto. 214/02. La reinsertión del índice aparejaría el natural reingreso de los objetivos de eficiencia y -en su caso- de inversiones, insitos en las fórmulas, con respecto del traslado de los costos previstos. Ello, sin perjuicio de la recomposición de las consecuencias del *lag* ocasionado por las medias interventoras mencionadas. La significancia política de aquella reinsertión o sus efectos políticos bien se neutralizaría con la reinstalación de la vigencia de las fórmulas integrales oportunamente adoptadas, para beneficio de los usuarios presentes y futuros, y para recuperar la vigencia de los incentivos y consensos insitos en ellas.

Finalmente, para las tarifas de los servicios públicos a prestar directamente por las instrumentalidades empresariales estatales, podemos preguntarnos si 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 exigencia a las empresas privadas prestadoras durante la plena vigencia de los *price-caps* acordados en la respectiva licencia o concesión: transparencia, participación, armonía con los términos reales, y, por encima de todo, una prestación eficiente. ■

Notas

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, Noviembre 1971, N° 2, p. 53; MARIENHOFF, MIGUEL S., Tratado de Derecho Administrativo, 4a ed. act. del L II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 133; CASSAGNE, JUAN CARLOS, Derecho Administrativo, 7ª ed. act., Abeledo Perrot Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, t. II, p. 312; n. 71 y sus citas; ARINO, GASPAR, Principios de Derecho Público Económico, Comares - Fundación de Estudios de Regulación, Granada, 1998, p. 529; BIANCHI, La Regulación Económica, Abaco, Buenos Aires, 2001, t. I, 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, 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 EBA 2000/2001, ps. 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.
2. Cia. Italo-Argentina de Electricidad c/ 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, t. 127, ps. 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.
4. GARCÍA DE DIEGO, VICENTE, Diccionario Etimológico Español e Hispánico, Espasa Calpe, Madrid, 1985, p. 387.
5. GARCÍA DE DIEGO, Diccionario... cit., p. 387.
6. El art. 4º del Dto. 311/03 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

teografía. f) GORDILLI... no pu... de... estar... WACKERS... 10. En igua... Regulatory/... 19... A todo... Cambridge... 12. "Prodelc... 13. Ampliar... nistrativo, L... 14. Este ingr... epto de ser... N° 267/238... 15. REES, R/... Oxford, 199... ARMSTRONG... DAVID M., "I... Londres, 195... 16. A modo... en forma au... por 1.49%. 17. CASSAGI... No diferenc... de México, I... Cr. SARMIE... público y p... 18. "En el c... valor de bier... ar la eficien... 19. Art. 42, l... 20. Art. 6º, d... 21. Num. 5.7... 22. Decreto... aprobación... 23. Dto. 62/9... 24. Por Dto... 25. Dto. 62/9... 27. "En relac... de Argentina... 28. Dto. 2582... 29. Asimismo... do por la ley... situación"; el... mas aplicabl... 30. CNACAF... N° 55, págs. 1... andose mal e... los servicios c... 31. Cuyo art... cuando los co... no de esos pr... a los contrat... así tampoco e... tores según s... de la construc... del contrato... 32. Las licenc... gasoductos, e... 33. Esto es, el... miento por n... 34. FUNDACK... 35. Art. 6º, d... incrementar... 36. CNACAF... 37. Puede ver... que fuera inc... integrados to... cisco estable... los fondos fid... atender a la l... 19/7/05, secci... 38. Ley 25.943... 39. Dto. 1261/... 40. Dtos. 721/... AAVV, Organi... esp. ps. 629/6... 41. Dto. 798/... y CNACAF, S... 42. Dto. 1094... 43. Dto. 967/... que autorizab... como accion... 44. Dto. 304/... 45. Res. MPF

tarqu a
tin a la
instruc-
cuando
o por el
ado del
f rmu-
cional a
r el dto.
natural
aso- de
cto del
io de la
sionado
nifican-
olíticos
encia de
as, para
ra recu-
sitos en
servicios
mentali-
arnos si
imple-
de parte
cia a las
vigencia
encia o
i con los
estación

de la familia. El sistema nacional de aeropuertos.

9. GORDILLO, AGUSTIN. "Las Garantías sin Límite Objetivo Alguno", en GORDILLO, AGUSTIN. Cien Notas de Agustín - Notas Asistemáticas de un lustro de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, FDA, Buenos Aires, 1999, p. 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 retornarse la línea de prestación privada de servicios públicos monopolicos, no debio estar nunca en duda.

10. VICKERS, JOHN Y YARROW, GEORGE. Privatization - An Economic Analysis, The MIT Press, London, 1997, ps. 8/27.

11. En igual sentido, DOMBERGER, SIMON - 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, JAI Press Inc, Connecticut, 1980, vol. 2, ps. 1/47, esp. ps. 41 y ss.

12. A todo evento, veanse 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.

13. "Modelo", Fallos: 321:1252 (1998).

14. Ampliar en BIANCHI, ALBERTO B., "Una noción restringida del servicio público (aportes para su cuarta etapa)", en CASSAGNE, JUAN CARLOS (dir.), Revista de Derecho Administrativo, Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2005, ps. 499/549.

15. Este ingreso del estándar norteamericano en nuestro país es puntualizado por MAIRAL, HECTOR A., "La influencia de los Derechos francés, español y norteamericano en el concepto de servicio público en el Derecho Administrativo argentino", en Documentación Administrativa, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, sept. 2003/abril 2004, N  267/238, ps. 339/365, esp. p. 354.

16. REES, RAY - VICKERS, JOHN, "RPI-X Price-cap Regulation", en BISHOP, MATTHEW - KAY, JOHN - MAYER, COLIN (eds.), The Regulatory Challenge, Oxford University Press, Oxford, 1996, p. 358 y ss., esp. p. 378; TAYLOR, GRAHAM, State Regulation & the Politics of Public Service - The Case of the Water Industry, Mansel, London, 1999, p. 95 y ss. Cf. ARMSTRONG, MARK - COWAN, SIMON - VICKERS, JOHN, Regulatory Reform - Economic Analysis and British Experience, The MIT Press, Cambridge, Mass., 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, Macmillan, Londres, 1998, vol. 3, p. 205 y ss., esp. p. 207.

17. 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 solo se tratara de la aplicación del índice, sino por 1.4% ( ndice) "menos" 0.2% (objetivo de eficiencia); así, será reajustado solamente por 1.2%, no por 1.4%.

18. CASSAGNE, JUAN CARLOS, "Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización", en LL 2002-B, p. 855 y ss. No diferenciando entre licencia y concesión a 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, Abaco, Buenos Aires, 2001, t. I, ps. 322/354, y reseña doctrinaria all  efectuada.

19. SARMIENTO GARCIA, 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 política, El Derecho Universitari, Buenos Aires, 2006, ps. 177/185, esp. p. 183.

20. "En el curso de la habilitación las tarifas se ajustaran de acuerdo a una metodología elaborada en base a 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".

21. Art. 42, ley 24.076.

22. Art. 6 , dto. 1738/92.

23. Num. 5.7 y conccs, modelo de licencia del dto. 2255/92.

24. Decreto 62/90, B.O. 12/1/90, 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. ap. XII, sobre "Regulación de las tarifas de los servicios básicos".

25. Dto. 62/90, num. 12.3.1.

26. Por Dto. 778/91, B.O. 9/5/91, se había dispuesto la venta, por ofrecimiento público, de las acciones ordinarias clase B, integrantes del capital accionario de las sociedades licenciatarias Tel fónica de Argentina y Telecom Argentina.

27. Dto. 62/90, num. 12.1. El servicio básico tel fónico es definido en el num. 8.1. del pliego, Dto. 62/90.

28. En relación a las Licenciatarias Telecom Argentina Stet-France Telecom S.A. y Nortel Inversora S.A. se emplea la expresión "precio"; en relación a las Licenciatarias Tel fónica de Argentina y Compa a de Inversiones en Telecomunicaciones S.A. se emplea la expresión "precio tope".

29. Dto. 2585/91, Anexo I, art. 2 .

30. Asimismo, se establece en dicho decreto 2585/91 que, en caso de que se "produjeran hechos extraordinarios o actos que modifiquen el marco económico jurídico establecido por la ley 23.928" 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 62/90 y sus modificatorias, en el Contrato de Transferencia, en el presente Acuerdo, y en las normas aplicables". Todo ello, conf. art. 10 del Anexo I del Dto. 2585/91, Acuerdo entre Telecom Argentina Stet-France Telecom S.A., Nortel Inversora S.A. y el Estado Nacional.

31. CNACAF, Sala III, "Colbun S.A. c/ Resol. Enargas 2687/02", del 27/5/05, no apelada, publicada en CASSAGNE, JUAN CARLOS (dir.), Revista de Derecho Administrativo..., cit., 2006, N  55, págs. 171/194, sobre aplicación del índice extranjero. Tambien puede verse el caso de la Administración General de Puertos, fallado por la Corte Suprema el 2/8/05 declarándose mal concedido el recurso extraordinario de dicha Administración contra la resolución de la CNACAF, Sala III, que había suspendido la nota que permitia liquidar en dólares los servicios de almacenaje.

32. Cuyo art. 2  establece: "Los precios de los contratos de obra pública, correspondientes a la parte faltante de ejecutar, podran ser redeterminados a solicitud de la contratista cuando los costos de los factores principales que los componen, identificados en el Articulo 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 N  13.064 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 determinaran 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 en la construcción. c) La amortización de equipos y sus reparaciones y repuestos. 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".

33. Las licencias del dto. 2255/92 previeron, para el primer quinquenio, la realización de inversiones obligatorias destinadas, en general, a obras de seguridad de los sistemas de productos, exigibles según determinadas metas físicas y económicas.

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

35. FUNDACIÓN DE INVESTIGACIONES ECONÓMICAS LATINOAMERICANAS, La Regulación de la Competencia y de los Servicios Públicos - Teoría y Experiencia Argentina Reciente, Art. 8 , dto. 729/95: "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".

36. CNACAF, Sala III, "Samez, Antonio c/ Enargas", del 27/5/05, en LL 11/10/05.

37. Puede verse la ley 25.822, cuyo art. 1  ratifica y establece como de realización prioritaria el Plan Federal de Transporte Eléctrico (Resol. SE 174/00, 175/00, 178/00 y 182/00), que fuera incluido en el art. 49 y anejos de la ley 25.565, y sus fuentes de financiamiento. Dicho art. 49, ley 25.565 aprueba los flujos financieros y el uso de Fondos Fiduciarios integrados total o mayoritariamente por bienes y/o fondos del Estado Nacional para el ejercicio, en cumplimiento del art. 2 , inc. a), ley 25.152, de responsabilidad fiscal. Este texto 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 fondos fiduciarios; todo ello, sin perjuicio de lo prescripto en las leyes 24.156 y 24.629. Véase, asimismo, la Res. SE 23/05, por la cual se constituye el Fondo Fiduciario para la Financiación de las Ampliaciones de Transporte, a administrar por CAMMESA. La incidencia en el Presupuesto 2006 se reseña en REBOSSIO, ALEJANDRO, "Aumentar un 40% la inversión pública en infraestructura", en diario La Nación, 19/9/05, sección II, p. 3. Cf. NATALE, ALBERTO A., "La oscuridad est  a la vista", en diario La Nación, 17/05, sección I, p. 19.

38. Dto. 25.943, Dto. 1692/04.

39. Dto. 1261/2004.

40. Dto. 721/04 y Decreto 1758/2005. Ampliar en BALBIN, CARLOS F., "Régimen jurídico de las actividades empresariales del Estado. Las empresas absorbidas por el Estado", en Organización administrativa, función pública y dominio público, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Rap, Buenos Aires, 2005, ps. 625/637, pp. 629/630.

41. Dto. 798/04. Véase, asimismo, las medidas cautelares en CNACAF, Sala III, "Asociación Protección Consumidores Transportes Públicos c/ EN - M  Planificación", del 14/12/04, CNACAF, Sala IV, "Transportes Metropolitanos Gral. San Martín S.A.", del 16/9/04.

42. Dto. 1094/03, del 3/7/03, suscripto por el Sr. Gobernador de la provincia de Buenos Aires.

43. Dto. 267/05, art. 2 , inc. d). Como antiguo antecedente de tal posibilidad, puede verse la ley núm. 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 partcipe de esa empresa el Estado", por el número de acciones que le permita el estado del Tesoro Público" (art. 2 ).

44. Dto. 267/05, art. 2 , inc. d).

45. Dto. 267/05 (B.O. 22/3/06).

46. Dto. 267/05 (B.O. 22/12/05).

Por Estela Sacristán ALEGATOS

vo Social A...
res, 1993, p...
ipios de De...
327...
oficos", en...
Reflexión...
ora adopta...
3...
WO A. "Tar...
servicio p...
2006 (B.O. ...
La provisión...
El servicio...
s. g) Las con...
estatal, mon...