JURISPRUDENCIA ARGENTINA

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 Efrain 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
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 repasan algunas nociones –es 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 recuerdan 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 el resultado menor y mayor intervención estatal en 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 intervencional, 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 enjuigan– podrían tener y que parecerían haber perdido. Finalmente, se proponen reflexiones relevantes no sólo a las tarifas cuando mediada prestación privada sino también cuando mediada el grado máximo de intervención estatal, vgr., la resolución de la prestación del servicio –otra privatizada– 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 precios (2), o cepción al te: la expresión “lista o presta vocación us que la...nancias ex servicio público

Mas ese i

Miguel S., “Juan Carlos, sus citas. Av Granada, 15. También se trata y les tra Madrid, sopp1000/2001, Empresas y M. F. en J. ejemplo, se i Faltos 178:2 (3) También cit., p. 3. una lista de (4) García de 6. El art. 4, ópúsculos con servicio de tr telecommunica subiánea; de Buenos Aires. (el sistema (7) Arta. 56 del contrato con (8) Gondillo, A (9) Puede am. fomento”, Un

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


la nación de servicio público –cuya enumeración par-
ecería haberse hoy cristalizado (6)– suele aparecer vincu-
lizada a la nación de tarifa; de hecho, diversos servicios públicos han sido objeto de los artículos 24065 (LA 1992-A:74) o 24076 (LA 1992-B:1636) –
reguleren, en el respectivo marco regulatorio y entre las
facultades del regulador respecto, la específica
competencia en materia tarifaria (7). Es por ello que, inclu-
sa, podría argüirse que la tarifa es una lista de precios
de características específicas: son precios que interesan
al regulador, y la intervención de éste podría provenir de
preocupaciones del privador ante eventuales ga-
nancias excesivas (8) derivadas de la prestación del
servicio público, por mediar monopolio natural o legal
preestablecido por razones de eficiencia en la operación
privatizada, entre otros supuestos.

Mas ese interés del regulador no puede entenderse
como infinito: siempre deberá tener, como límite a no
trasponer, el rendir honor al acuerdo, compromiso o
contrato previo entre el prestador y quien otorgara la
concesión de servicio público o la licencia. Especial-
mente en materia tarifaria.

De tal modo, en las relaciones entre concedente y pre-
stable 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 tarifari-
arios nuevos a aplicar. En las relaciones entre prestad-
or y concedente aparecerá, entonces, la tarifa, como
manifestación de ese contrato, por lo que puede decir-
se que ostenta naturaleza contractual. Y esa tarifa po-
see la virtualidad de erigirse, a los ojos del usuario,
como acto de alcance general una vez que es publicada
después de la aprobación o registro en sede del
regulador. Por ello se puede puntualizar que la tarifa posee
una naturaleza dual cuando media delegación del co-
tido por vía de una concesión de servicio público o li-
cencia: una naturaleza contractual o convencional (en
las relaciones concedente-prestador), y una naturaleza
acto de alcance general (de cara a los usuarios) (9).


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

(6) El art. 4, decreto 317/2003 (LA 2003-C:2833) encomendó a la Unión 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 urbano de pasajeros 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; (i) (derogado); k) el servicio postal, monetario y de telegrafía; l) el sistema nacional de aeroportuarios.

(7) Arts. 56, 57, 66, ley 24965 y 562, ley 24076 (compite 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”).

de haber tarifas justas y razonables en un monopolio, entonces deben ser 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 monopolísticos, no debió estar nunca en duda”.

II. ALGUNAS NOCIONES CENTRALES

Tender la mirada hacia el derecho comparado y hacia la experiencia argentina, en especial la que arrancó a fines de la década del '80, permite detectar la adopción de dos regímenes básicos de regulación de las tarifas mediantes una privatización o de un modelo de control de precios, donde se busca la eficiencia o el equilibrio de precios. El primer modelo se basa en la fijación de precios por parte de la empresa, mientras que el segundo tiende a controlar el precio mediante la fijación de una tarifa basada en la eficiencia de la empresa.

La diferencia entre estos dos modelos de regulación radica en que el primero apunta a controlar la rentabilidad de la empresa, lo que protege, primera, contra las ganancias excesivas o las pérdidas de igual clase sin atender en forma directa a cuestiones de eficiencia o eficiencia; al tiempo que

tarifa se cons- pactada ent-

2002-B-235

Amplic

ra "de

a"

la Se-

la Con-

pocos años

10: Commerce la e-

fiable-

de

justicia

e


Buenos Aires, julio
mediante la que privilegian a la firma, no en un sistema de tarifas postales o telefonísticas (12). No se regula el uso de las tarifas postales o telefonísticas para el tráfico entre Estados, ni el tráfico entre Estados y extranjeros, ni el tráfico entre extranjeros.

19. En estos casos, generalmente, la firma que hace uso de estas tarifas postales o telefonísticas paga a la empresa telefónica o postal una tarifa que es fija y no varía con el volumen de tráfico que la firma paga. En su lugar, el tráfico se regula mediante un sistema de tarifas aduaneras o de regalías, que se cobran a la firma que hace uso de las tarifas postales o telefonísticas.

20. El sistema de tarifas postales o telefonísticas se caracteriza por su simplicidad y eficiencia, lo que permite una mayor transparencia y control sobre el tráfico entre Estados, lo que permite una mayor transparencia y control sobre el tráfico entre Estados, lo que permite una mayor eficiencia y economía en el uso de las tarifas postales o telefonísticas.

La primera experiencia privatizadora argentina fue la de la ex Entel. La etapa nacionalizadora europea ya reseñada halló un vuelo de campana en el Reino Unido en la década del '80: ampliamente conocidas son las privatizaciones llevadas a cabo en esos años. Se adoptó, 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 corren, 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 ejemplo, 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 las inversiones no pudieran ser recuperadas mediante la tarifa a rentabilidad razonable (20)—, el riesgo por el cual se trazó a éstos, y al cual (iv) en algunas industrias se suma el trazado passthrough de ciertos costos. Todo ello, sobre una sólida base de periodicidad: aplicación periódica del índice (por ejemplo, semestral); revisión periódica del factor de eficiencia (por ejemplo, quinquenal) y, en caso de inversiones (combinando con la revisión del objetivo de eficiencia); en su caso, trazado de ciertos costos incontrolable 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


(18) Puede verse, con provecho, Petres, Humberto A. y Givagni, Carlos A. (dirs.), "¿Qué hay detrás de las tarifas de servicios públicos y precios off-shores?", Ministerio de Economía, Hacienda y Finanzas (Dr. Lorenzo S. Sigralt, ministro de Economía, Hacienda y Finanzas y Dr. Horacio Ares, subsecretario de Programación Económica), Buenos Aires, 1981.


Doctrina

Índice del cual ser resta el objetivo de eficiencia (RPI-X), implica que la tarifa se ajusta 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 exigir 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 1980 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-establecimiento la adopción se corporatizó 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 se habla de un marco tórrido convencional. Las fórmulas respectivas pueden leerse, por ejemplo, para las licencias de transporte y distribución de gas. En el decreto 2255/1992 (LA 1992-C-3556) de tal modo, lo tarifario adquirió un basamento bastante 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 disolver. Antes bien, la lectura de, por ejemplo, las leyes 24065 y 24076 permite inferir la expresión consideración de importantes modos de regulación, con énfasis, en el sistema de price caps, cada la periodicidad involuntaria. El aspecto positivo de tal opción se perfila a poco de que se repara en que dicho sistema —como se adelantaba —fue creado para contrarrestar el principal índice 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 se vería 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 23996 (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 debía la indexación, ello permitió que las licencias y concesiones en las que se adoptaran los price caps —cuya fórmula incluye, como se ve, 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 eficiencia de la operación privatizadora, consagró los price caps, en especial en su art. 40 (23), y en sus arts. 95 y 96 decretó 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 ajustado por el índice, menos el objetivo de eficiencia más el costo de inversión.

(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 ajustado por RPI - X; el precio vigente será ajustado por no 1,4% en forma automática, como si sólo se tratara de la aplicación del índice, sino por 1,4% (Índice) más 0,2% (objetivo de eficiencia); así, será ajustado solamente por 1,6%, no por 1,4%.


(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 sobre caps, al con-
figuración de
las fórmulas de
servicios públicos,
se re-
que se recoge en
1989-B1123:
servicios públicos
1991-A100;
ustrales (puesto
[LA 1991-6-
art. 7 establece
haya fórmula in-
nuestro país, fue
acordar tarifarios
estadouniden-
se, sin perjuicio
se emitiera

a la ley 24076
1992, de regu-
dar el servicio
tículo de
monopolio legal
privatizadora,
su art. 41 (23),
de la ley 23926-
24076 en "de
en su contra
y que "en caso
nos y la presente
76)"

jó las condiciones
4.1.4 la fó-
teresas, que
reajustado
iciencia más el

igente requisado
la aplicación del
no, por 1,4.
subs, Dato 116, 1986,
efectuada. Confir-
ervicios públicos",
5, ps. 171/185,
sobre la base de
las actividades
da a estimar la

actividad de inversiones. El índice era el producer price index en norteamericano, de aplicación semestral. Se trataba de pric 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). Una revisión quinquenal era una garantía de transparencia y consenso para los usuarios pues conllevaba la participación de éstos. Así, por ejemplo, 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 menos objetivo de eficiencia. El índice argentino (25) contemplado, aplicado desde antes de la toma de posesión, es reemplazado en 1991 después de dictada el la Ley de Convertibilidad 23928 y antes de que se perfeccionara la privatización (26) por el consumer price index, o CPI o índice de precios al consumidor estadounidense, fijándose la fórmula CPI - X [27]. Ese reemplazo se concretó por decreto 2585/1991 (31), que dolariza el precio (32) del paquete 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 porcen-
taje del paquete accionario cuya venta aún no se había operado (34). La exarca de licencias por tiempo indeter
determinado encarecidas a entrar en libre competencia
con otros prestadores, en las que el peso de las inversiones es a riesgo de la licenciataría, y donde las inversiones mismas se hallan presionadas por el avan-
ce tecnológico.

V. INTERVENCIÓN EN MATERIA TARIIFARIA

Pues bien, la plena intervención —y menos en el marco provisionado, 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 sufragarían 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 licenciatarías 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 azada el 18/10/2001. 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 llamado 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 conocidos los recursos extraordinarios de las licenciatarías y rechaza las quejas pre-

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

(32) Con relación a las licenciatarías Telecom Argentina S.A.-Franca Telecom S.A. y Nortel Inversora S.A. se emplea la expresión "precio"; con relación a las licenciatarías Telefónica de Argentina y Compañía de Inversiones en Telecomunicaciones S.A. se emplea la expresión "precio tope".
(34) Asimismo, se establece en dicho decreto 2585/1991 que en caso de que se "procuraran 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 S.A.-Franca 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 prosperó en la justicia contenctosa-administrativa de primera instancia, el 4/10/2001 la alzada revocó la anterior resolución y suspendió 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 dolar 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 = US$ 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 renovación de los servicios públicos enumerados posteriormente en el decreto 311/2003 (LA 2003-C-2833).

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 marco 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 originalmente previsto, propio de los price caps.

Considérese estos sistemas:

a) El régimen originario previsto obras sujetas al art. 16, ley 24076. Se trata de obras a realizar por la licenciataria por su propia iniciativa cuando la tarifa permite el financiamiento de aquéllas (37), o mediando acuerdos con terceros en el marco de pactado artículo cuando la tarifa resultara insuficiente (38). Ambas han sido fat señalado b) El régimen "factor k" decreto razonal los Proy. el ante, y sólo si firma y el servicio de inversión aplicará do servicio y racion de usuarios se caj-one, ace miento l por el ir insustante objetivo Ello, en el marco

Por fuera se consta de exponente curren migración como consideración no o tiempo y los nace transport. Ahora, m

c) Los de movidos / exploratorias: la co de la f de fideico primeros, transport de condi son neutra de los seg


(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 a un 10% a los del contrato, o al precio surgido de la última redeterminación según corresponda... Esta redeterminación se aplicará únicamente a los contratos de obra pública regidos por la ley 13064 (ALJ 1928-1958-1-378) y sus modificatorias, y no se deberá 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 determinan ponderando los siguientes factores según su probidad 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 repuestos y reemplazos; 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.
sido fatalmente afectadas por el congelamiento ya reseñado.

b) El régimen originario prevalece, 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). Lo 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 sufragarán, además, inversiones no realizadas. El congelamiento legislativo de la ley 25561, el vendar el ajuste por el índice, destruyó la fórmula toda, tornándose insustancial toda la objetividad 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 rámigines 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 incurran 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" (44).

Ahora, más recientemente, se detectan:

Lo denominados "programas de fideicomisos" promovidos por el gobierno para el financiamiento de las expansiones. Estos fideicomisos adoptan dos formas: i) la forma de fideicomisos promovidos en el marco de la resolución Energías 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. 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 el plazo 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.

c) 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, incentivos 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 -item 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]tos cargos se concentran 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 promisoria, 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.

(41) Art. 6, decreto 729/1995.
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 parece conducir hacia el alejamiento de los objetivos tenidos primordialmente en mira por el privatizador y hacia el abandono del núcleo convencionalmente operativo en cuestión.

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 propios 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) resolución de la prestación del servicio interurbano de transporte ferroviario de pasajeros de largo recorrido, interjurisdiccional (46); iv) creación de un nuevo estatuto de competencia ofici al hasta la reprivatización respectiva (47); v) resolución y transferencia de una concesión a una unidad de gestión operativa hasta tanto se re-licite aquélla (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 Sanabasto Argentinas S.A. (51), de propiedad estatal.

A ello se suma la grave neutralización de los entes reguladores creados por ley y dotados de autonomía, esto es, insertados en un contexto de control de azada 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 secc. 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-

(50) Art. 2, inc. d, decreto 501/2006 (LA 2005-C-330). Como antiguo antecedente de tal posibilidad puede verse la ley 24, del 27/5/1855 (publicada en ADL 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, "autizazado, "autizazado para hacerse parte de esa empresa como accionista, por el número de acciones que le permita el estado del Tesoro Público" (art. 2).

Regu
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 comunicación con lo creado. — V. La cuestión en el orden internacional. — VI. Principios limites para una regulación jurídica. — VII. Conclusión

I. INTRODUCCIÓN

La cuestión de la vinculación entre regulación y medio ambiente es sumamente compleja, ya que interviene 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 enérgica de interrogantes que ponen en permanente observación las condiciones de explotación del medio ambiente. En no pocas oportunidades los debates se encamisan 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. Cierto 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.