

**El Derecho
Administrativo hoy.
16 años después**

**Jornadas organizadas
por la Universidad Austral
Facultad de Derecho**

TARIFAS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS HOY: EL DERECHO, ENTRE LA POLÍTICA Y LA ECONOMÍA

ESTELA B. SACRISTÁN

I. AGRADECIMIENTOS. PLANTEO

Mis primeras palabras en esta colaboración no pueden sino ser de agradecimiento hacia todos los que hacen posible estas Jornadas, año tras año. La presencia atemporal del querido Julio Comadira, y la renovación que proveen los Doctores Pablo Comadira y Miriam Ivanega en un trabajo ímprobo, constituyen la columna vertebral de una ocasión para hacer retrospectiva iusadministrativa, en pos de hacer una suerte de balance intentando mejorar el futuro de nuestra vida en sociedad.

Y nada más adecuado para esa retrospectiva que el involuntario balance que ha propiciado este año, décimo sexto año con posterioridad a la realización de las primeras Jornadas de Derecho Administrativo organizadas por la Facultad de Derecho de esta Universidad Austral; aquellas ya históricas Jornadas que presidiera el maestro Marienhoff¹, y que dieran inicio a una práctica ya imborrable del iusadministrativismo argentino: una reunión académica gobernada por la severidad de la investigación y la libertad académica.

También es la presente una ocasión para agradecer la integración de este panel con el Doctor Fernando García Pullés, el recuerdo de cuyas brillantes clases de posgrado, de la materia contencioso administrativa, será siempre imborrable, como lo es la permanente referencia borgeana que efectúa, con sus balcones a la metafísica.

¹ Atesoradas en AA VV, *El derecho administrativo argentino, hoy. Jornadas presididas por el Profesor Dr. Miguel S. Marienhoff*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996.

El tema a desarrollar en los párrafos que siguen es el de las tarifas de los servicios públicos, dieciséis años después, es decir, dieciséis años después de aquellas primeras Jornadas. Ello nos transporta, virtualmente, al año 1996. Ese año fue un año muy especial para mí, pues no sólo contraje matrimonio, sino que también emprendí los estudios de posgrado en derecho administrativo. Pero en las Jornadas de 1996, el tema de las tarifas de los servicios públicos no aparecía: no estaba. Me pregunto: ¿era que no existía? ¿O era que no poseía relevancia jurídica? ¿O era, en realidad, que todavía no nos había comenzado a preocupar tal cuestión?

El título de esta charla hace referencia a las "tarifas de los servicios públicos: el derecho, entre la economía y la política". Y no puedo dejar de apuntar que tal tópico puede ser visto desde el plano de la dialéctica, donde el derecho podría hacer las veces de tesis, con la política como antítesis y una base de economía. Pero lo económico no tiene por qué ser la base cuando es, en la realidad, una ciencia más, como el derecho o la política, en relación con las cuales está en un pie de igualdad. También podría encararse ese tema desde el consecuencialismo, como un par de opciones excluyentes —política, economía—, a modo de una horqueta que enfrenta el derecho. Pero el mundo ofrece siempre más de dos opciones; es de la naturaleza humana idearlas. A fuerza de verdad, también podría enfocarse el tema desde una especie de tesis de la compatibilización, en la cual convivan las tres disciplinas, cada una en su ámbito. Empero, me pregunto si en lo relativo a las tarifas se ha logrado alguna compatibilización, o si —más bien— se ha hecho prevalecer, por épocas, a la economía, o a la política, con los consiguientes costos en el terreno del derecho.

El plan de exposición de las ideas que siguen, elaboradas desde la perspectiva que dan dieciséis años, trae implícita una necesaria comparación, así como un paneo de la jurisprudencia más cercana a nosotros. Veamos.

II. DIECISÉIS AÑOS ATRÁS

II.1. Plano legislativo

La experiencia legislativa muestra que, hace dieciséis años, el derecho parecía guiado por la economía.

Recordaremos, en 1989, la sanción de la Ley N° 23.696, de emergencia administrativa, con sus privatizaciones, abriendo las aguas para la desregulación plena y, en su caso, en el campo de los servicios públicos y el monopolio natural a ellos asociado, para los marcos regulatorios sectoriales y los respectivos reguladores. De esa época —en rigor, 1991— data la Ley N° 23.928, en el marco del plan de inflación cero, convertibilidad mediante.

A su turno, la Ley N° 23.697, de 1989, de ejercicio del poder de policía de emergencia del Estado, suspendió todos los subsidios y subvenciones. Se introdujo, así, la concepción moral de Hume, tal que se gozara de beneficios a costa de un costo, y no gratuitamente.

La estabilidad generada por el citado marco legislativo permitió los endeudamientos en moneda extranjera, a la cual se hallaba atada la moneda argentina.

Completaba el cuadro la Ley N° 24.156, de 1992, de Administración financiera, que denotaba preocupación por la prolijidad presupuestaria que debíamos ofrecer al mundo, con su doble núcleo: el principio de cuenta única, y la regla de que no hay gasto sin recurso. Ivanega² se ha explayado, con brillo y rigor, sobre ambas vitales cuestiones.

El resultado de esta combinación de decisiones legislativas era la seguridad jurídica, y la consecuente función de atracción de capitales.

Por cierto, las maniobras quirúrgicas que estas leyes llevaban adelante no podían dejar de hacerse eco de lo que un país en quiebra significaba: la Ley N° 23.982, de consolidación de pasivos, del año 1991, fijó la moneda de quiebra para pagar a los acreedores, y el orden en que esos acreedores serían ubicados.

Este cúmulo de leyes, hacia 1996, y en especial ya concretada la reforma constitucional de 1994, tuvo éxito en convencernos de que el imperio de los cánones de la economía —por encima de las modulaciones y matices del derecho— había llegado para quedarse.

II.2. Efectos³

El mentado bloque legislativo —en la perspectiva que brindan dieciséis años— generó un medio óptimo para el orden regulatorio: existían segmentos de industrias declarados servicio público por ley, como ser el caso del transporte o de la distribución de gas⁴, y paralelamente, actividades libres, pálidamente reguladas para concitar inversiones, como era el caso de la producción de gas.

Hace dieciséis años crecía, por primera vez, una sana red de telefonía fija, con los incentivos derivados de la propiedad de la red, red casi inexistente, en los hechos, al momento de la privatización en 1989.

Las inversiones en transporte o distribución de gas, y en transporte o distribución de electricidad, eran pagadas por los usuarios contra obras terminadas y funcionando. He aquí el sentido moral antes apuntado, por el cual incurre en costos quien se beneficia con las obras.

Las tarifas se hallaban dolarizadas —recordemos que los cuadros tarifarios iniciales se había fijado, al momento de la privatización, tomando en cuenta costos provenientes de economías estables— y los ajustes, por variaciones del índice, eran

² Cabe remitir a Ivanega, Miriam M., *Mecanismo de control público y argumentaciones de responsabilidad*, Buenos Aires, Ábaco, 2003, pp. 42 y 50.

³ Todos estos efectos se hallan expuestos con mucho mayor detalle en nuestro *Régimen de las tarifas de los servicios públicos*, Buenos Aires, Ábaco, 2006, esp. Capítulo VI.

⁴ Artículo 1°, Ley N° 24.076.

usualmente semestrales, utilizándose un índice “importado”, al tiempo que los ajustes derivados de la determinación de un nuevo objetivo de eficiencia o de un nuevo objetivo de inversiones –en ambos casos, con participación de los usuarios– eran quinquenales, y dotados de un fuerte componente consensual dada la mentada participación.

Dolarizadas las tarifas, el endeudamiento –a tasas más convenientes que las locales– también era en moneda extranjera, y la búsqueda de endeudamiento a tasas lo más bajas que fuera posible armonizaba con los *price caps*, que premian con la apropiación de las rentas derivadas de las reducciones de costos a condiciones de seguridad dadas.

Las tarifas eran sumamente claras y comprensibles, traducibles en una simple fórmula.

En su caso, los subsidios eran sectoriales –tal el supuesto de la tarifa social propia del sector de transporte ferroviario de personas– y apuntaban a contemplar situaciones de equidad.

Los marcos regulatorios, sancionados por ley o por decreto, garantizaban la participación de los usuarios. El Informe Anual del Ente Nacional Regulador de la Electricidad muestra, para el año 1996, quince convocatorias a audiencia pública. No era para menos: como sintetizara Tawil, tanto la Ley del Gas N° 24.076 como la Ley de la Electricidad N° 24.065 consagraban pluralidad de supuestos de audiencias públicas de importancia⁵, supuestos que desbrozaba la pluma especializada, por ejemplo, de Massimino⁶ o Boullaude⁷.

Por último, el regulador concebido en esos marcos regulatorios era independiente de los poderes políticos, y técnicamente hábil para aportar el conocimiento especializado requerido.

Así, entiendo, se completaba la era del “imperio de la economía” en los servicios públicos y, consecuentemente, en las correspondientes tarifas. Tal era coincide con los años noventa, con una suerte de cénit, precisamente, hace dieciséis años, cuando en sede judicial se privilegiaba el orden federal por sobre el local⁸, se honraban antiguos contratos muy anteriores a las privatizaciones⁹, y se desdeñaba el *compre* argentino¹⁰.

⁵ Tawil, Guido S., “El derecho administrativo argentino frente al derecho comparado”, AA VV, *El derecho administrativo argentino, hoy. Jornadas presididas por el Profesor Dr. Miguel S. Marienhoff, op. cit.*, pp. 287/293, esp. p. 291.

⁶ Massimino, Leonardo, “El *passthrough* del gas. Los ajustes de tarifa por variaciones en el precio de gas en boca de pozo”, *Cuadernos del CERE*, N° 2, Buenos Aires, La Ley, 2001.

⁷ Boullaude, Gustavo, “El Decreto N° 1.172/2003 y los servicios públicos”, en *RDA*, N° 51, Buenos Aires, LexisNexis – Depalma, 2005, pp. 133/141.

⁸ “Líneas de Transmisión del Litoral S.A. (LITSA) c/ Corrientes, Provincia de s/ acción declarativa” *Fallos*: 318: 2.374 (1995).

⁹ “Establecimientos Metalúrgicos S. Becció e Hijos S.A. c/ Ente Nacional Regulador del Gas – Resolución MJ ENARGAS N° 12/1993”, *Fallos*: 319: 2.602 (1996).

¹⁰ “Servotron SACIFI c/ Metrovías S.A. y otros s/ amparo Ley N° 16.986”, *Fallos*: 319:2.955 (1996).

III. EL PRESENTE

III.1. Plano legislativo

La experiencia más reciente muestra, en la materia que nos ocupa, las denominadas *desprivatizaciones*¹¹. En este renglón tenemos que incluir al Correo Argentino, que en 2011 brindó un déficit de más de 45 millones de pesos¹², la Ugofe (conformada por TBA, Metrovías y Ferrovías), Aguas Argentinas, Tandanor, Thales Spectrum y Yacimientos Carboníferos de Río Turbio. En la enumeración se destacan importantes prestadoras de servicios públicos, v. gr., servicios postales, transporte ferroviario, provisión de agua y cloacas del área metropolitana y nutridos partidos bonaerenses.

También evidencia la experiencia presente los rigores derivados de la sanción de la Ley N° 25.561 de emergencia, así como su mecánica renovación mediante prórrogas –la última de las cuales es bianual–, que la llevan a regir, por el momento, hasta fines de 2013¹³. Y si bien dicha ley veda la indexación –por aplicación de índices extranjeros o argentinos– de deudas en contratos públicos¹⁴ y privados¹⁵, la inflación acumulada al presente es un secreto inocultable.

¹¹ Un completo paneo de las desprivatizaciones –incluso más allá de las licencias y concesiones de servicios públicos– puede verse en Grottola, Leonardo, “Intervención estatal en la economía y organizaciones públicas: el caso de la Oficina Nacional de Control Comercial Agropccuario ONCCA (2005-2008)”, Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales, UBA, s/f, p. 3.

¹² S/A, “Una más, en una larga lista de recstatizadas. El caso de la eximprenta Ciccone”, en *La Nación*, del 8-8-2012.

¹³ Ley N° 26.729, promulgada el 27-12-2011, cuyo Artículo 1° establece: “Prorrógase hasta el 31 de diciembre de 2013 la vigencia de la Ley N° 26.204 prorrogada por sus similares N° 26.339, N° 26.456 y N° 26.563”.

¹⁴ Artículo 8°, Ley N° 25.561: “Dispónese 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 [...]”.

¹⁵ Artículo 4°, Ley N° 25.561: “Modifícase [...] la Ley N° 23.928 [...]: ‘Artículo 7° - El deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley. Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y serán inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contravinieren lo aquí dispuesto. Artículo 10 - Mantiénense derogadas, con efecto a partir del 1° de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios [...]’”.

Los subsidios en materia de servicios públicos desde 2011 han experimentado sinceramiento, con la intención de eliminarlos en los consumos de gas, electricidad y agua. El Ministerio de Planificación, mediante la *web*, hoy apunta a “garantizar la universalización del acceso a los servicios básicos como gas, electricidad y agua potable a todos los ciudadanos del país” y, a tal fin, expresa que “una de las herramientas disponibles para colaborar con la redistribución equitativa es la renuncia voluntaria al subsidio, para aquellas industrias, comercios, edificios y domicilios particulares que consideren que pueden afrontar el costo total del consumo”¹⁶. Por alguna razón, el padrón de adherentes a la renuncia voluntaria al subsidio del Estado Nacional se publica en la *web*¹⁷.

El endeudamiento de las empresas prestadoras de servicios públicos hoy no podría ser en moneda extranjera pues ello sería insostenible, con el correspondiente incumplimiento.

Ello se inserta en un plano financiero nacional donde son corrientes las redistribuciones presupuestarias¹⁸, y donde la emisión monetaria¹⁹ y la independencia del Banco Central²⁰ han sido sometidas a duras pruebas.

La fuga de capitales se hallaría a la orden del día, hecho que hizo recrudecer el cepo cambiario²¹, cuya existencia misma ha sido negada²²; y la capa de pesificación por encima de la anterior consolidación²³ ensombrece también la seguridad jurídica de la escena.

III.2. Algunas precisiones

En el 2000 llegó la desregulación telefónica²⁴ en la primavera, después del invierno en que se sancionara la ley de emergencia²⁵ que había dejado incólumes los contratos de servicios públicos derivados de las privatizaciones. Esa desregulación,

¹⁶ <http://www.minplan.gov.ar/subsidios/>.

¹⁷ <http://formulario.minplan.gob.ar/padronadhesion.aspx>.

¹⁸ Por ejemplo, Decretos N° 2.011/2012; N° 2.300/2012; N° 2.317/2012; N° 2.437/2012; N° 2.659/2012; N° 2.710/2012; N° 2.730/2012; entre otros.

¹⁹ Ver Cabot, Diego, “Cuestión de pesos: la Argentina, el país del efectivo”, donde se indica que la base monetaria creció 41,9% en un año, en *La Nación*, del 14-10-2012.

²⁰ Decreto N° 18/2010, por el cual el Poder Ejecutivo Nacional remueve de su cargo al presidente del Banco Central de la República Argentina, remoción que, suspendida en sede judicial, culmina finalmente con la renuncia del citado funcionario a fines de enero de ese año.

²¹ Ver nuestro “Ese cambio tan temido”, en *Impuestos*, 2011-12, p. 75.

²² Ver <http://www.prensa.argentina.ar/2012/09/28/34523-no-hay-ningun-cepo-cambiario-en-la-argentina-dijo-la-presidenta-que-afirmo-que-tiene-la-obligacion-de-cuidar-las-reservas-del-pais.php>.

²³ Ampliar en Bianchi, Alberto B., “Pesificación de lo consolidado (¿a qué se obliga el Estado cuando se obliga?)”, en *LL*, 2002-F, pp. 1444/1452.

²⁴ Decreto N° 465/2000.

²⁵ Ley N° 25.344.

interconexión mediante, redujo, en cierto modo, la base de *publicatio* pues las telecomunicaciones, por fuera del abono telefónico, se convirtieron en un negocio más colocado en la libertad del mercado, y en el infinito mundo del desarrollo tecnológico y de la competencia, con precios gobernados por esta última. Enaltecíó estos avances la implementación de la portabilidad numérica -incentivada judicialmente²⁶-, pero les deparó un fatal freno la frustración de la licitación del espectro radioeléctrico que necesitan las telecomunicaciones móviles. En efecto, por medio de una resolución de la Secretaría de Comunicaciones²⁷, se dispuso dejar sin efecto el Concurso Público para la Adjudicación de Frecuencias destinadas a la Prestación de los Servicios de Comunicaciones Personales (PCS) y Radiocomunicaciones Móvil Celular (SRMC) que había sido convocado antes²⁸, por razones de oportunidad, mérito y conveniencia. De tal manera, se generó grave perjuicio pues la disponibilidad de espectro juega un rol fundamental para la adecuada prestación de los servicios ofrecidos a los clientes: si el Estado no subasta el espectro, los usuarios nos asfixiaremos mutuamente en el pequeño espectro que nuestro prestador tenga.

Las renegociaciones de las licencias y concesiones de servicios públicos, a las que se invitara mediante Ley N° 25.561 de enero de 2002, han adquirido, en algunos casos, características de un verdadero calvario. Los entes reguladores han sido silenciados en la renegociación²⁹: se sacrificaron sus competencias³⁰. La Comisión de Renegociación de Contratos de Obras y de Servicios Públicos³¹ ya no publica los adelantos en las renegociaciones ("informes de gestión"), como antaño lo hiciera³², aun cuando el acceso a tal clase de información es derecho de todo usuario o consumidor de un servicio público³³, y aun cuando el propio Estado concedente, al crear la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos³⁴, sucesora de aquélla, expresó, como motivación, que "en el proceso de renegociación deberán implementarse mecanismos que permitan la adecuada información a usuarios y consumidores de bienes y servicios [...]".

²⁶ CNACAF, Sala V, Expte. 22.270/2008, "Unión de Usuarios y Consumidores c/ EN Secretaría de Comunicaciones - Decreto N° 764/2000 s/ amparo Ley N° 16.986", del 30-6-2009.

²⁷ Resolución SECOM N° 71, del 4-9-2012.

²⁸ Convocado por Resolución SECOM N° 57/2011.

²⁹ Ver Boullaude, Gustavo, "El Decreto N° 1.172/2003 y los servicios públicos", *op. y loc. cit.*, y resolución allí comentada; asimismo, ver Artículo 7° del Decreto N° 311/2003, por el cual la renegociación se desplaza hacia los órganos políticos, y el ente regulador se convierte en un mero facilitador de información.

³⁰ Tales las adecuadas palabras de Mertehtikian, Eduardo, "Servicios públicos, emergencia, delegación legislativa, renegociación y aprobación ficta por el Congreso (a propósito de las Leyes N° 25.561, N° 25.790 y N° 25.820)", en Gordillo, Agustín (Dir.), *El contrato administrativo en la actualidad*, Buenos Aires, La Ley, mayo de 2004, pp. 79/85, csp. p. 83.

³¹ Decreto N° 293/2002.

³² <http://www.mccon.gov.ar/crc/default1.html>.

³³ Artículo 42, Constitución Nacional.

³⁴ Decreto N° 311/2003.

Con balcones no a lo jurídico sino a lo político, la publicación de inversiones en servicios públicos ha dado lugar a un régimen tarifario oscuro, donde ha desaparecido, para la comprensión del público usuario, el sentido de eficiencia de asignación que gobernaba tarifas de servicios como el transporte o la distribución de gas o electricidad. En efecto, hoy se sufragan montos que la licenciataria o concesionaria cobra a cuenta de terceros –fondos fiduciarios sin personalidad jurídica cuyo carácter público o privado aún se debate, y cargos específicos cuya naturaleza jurídica también se debate– o para la manipulación de la demanda: el usuario de Pilar estaría remunerando inversiones publicadas a ejecutarse en la Provincia de Tucumán, o bien estaría siendo penalizado por comenzar a consumir electricidad en un local comercial recién inaugurado y construido sobre un terreno otrora baldío³⁵. Lejos habrían quedado, de este modo, las eficiencias y garantías propias de las inversiones derivadas de proyectos previstos en los antiguos *price caps* o los incentivos al consumo en los que se honraba la regla de que a mayor consumo, menor el precio. Este nuevo frente –la demanda energética– pone en juego los temidos cortes de luz o de gas. Además, las tarifas, desdolarizadas, con la aplicación del índice suspendida y las fórmulas, por ende, desbaratadas, sólo han venido a perjudicar al usuario potencial y real, que no es convocado a evento participativo alguno, previo al dictado de todas estas medidas.

En materia de renegociación, licenciatarias del servicio público de transporte y de distribución de gas han obtenido todas las aquiescencias requeridas por el procedimiento renegociatorio que fija la Ley N° 25.561 y su reglamentación, y aún así no han obtenido la sanción del correspondiente nuevo cuadro tarifario. Veamos un ejemplo:

La transportadora de gas que cubre la zona norte y parte de la zona patagónica de nuestro país, Transportadora de Gas del Norte, ha pasado, a la fecha, por un proceso que se inicia en 2002 con el Decreto N° 293/2002, que encomendara, al Ministerio de Economía, la renegociación y creando la Comisión de Renegociación en su ámbito: las propuestas de renegociación contractual debían elevarse al Poder Ejecutivo dentro del plazo de 120 días de la entrada en vigencia del decreto; en marzo de ese año, por Resolución MECON N° 20/2002, se aprobaron las normas de procedimiento para la renegociación: debía completarse en el plazo antedicho de 120 días, con un esquema de 4 fases; en septiembre de 2002 se dictó el Decreto N° 1.839/2002, que prorrogó el plazo de la renegociación por otros 120 días hábiles; en diciembre de ese año, la Secretaría de la citada Comisión envió la agenda de trabajo para la tercera de esas cuatro fases.

³⁵ Ampliar en nuestros “Los cargos específicos de la Ley N° 26.095. (Un costo, desagregado, muy especial, y las enseñanzas de Marienhoff)”, en *RDA*, N° 66, julio/septiembre de 2008, pp. 1157/1176; así como en “Un costoso régimen para garantizar el suministro de energía (en torno a la Resolución SE N° 1.281/2006)”, en *RDA*, N° 75, enero/marzo de 2011, pp. 201/216.

Ya en 2003, se dictó la Resolución MECON N° 62/2003, que volvió a prorrogar el plazo en 60 días hábiles adicionales. Y en julio de 2003 todo pareció volver al pasado: por Decreto N° 311/2003 se disolvió la Comisión de Renegociación y creó a su sucesora, la UNIREN, que continuaría el procedimiento. Agosto de 2003 trajo una resolución conjunta entre los Ministerios de Economía y Planificación (Resolución MECON N° 188/2003 y MINPLAN N° 44/2003), que establecía que el proceso de renegociación de cada contrato o servicio en la fase que se encontraba al dictarse el Decreto N° 311/2003 sería continuado a través del Comité Sectorial de la UNIREN. El 2003 fue, entonces, un año vacío de iniciativa estatal por renegociar.

A los años 2004, 2005, 2006 y 2007 siguió, en octubre de 2008, la suscripción, por parte de la licenciataria y la UNIREN, de un Acuerdo Transitorio por el 20%. El Poder Ejecutivo tardó más de un año y medio para ratificarlo: el Decreto N° 458/2010 fue dictado en abril de 2010.

Pero el Acuerdo tenía que traducirse en un nuevo cuadro tarifario sancionado por el ente regulador, y ese cuadro tarifario, receptando el Acuerdo, al momento de escribir estas líneas no existe.

Tal omisión suscitó una acción de amparo por mora, que tramita en el fuero contencioso administrativo federal³⁶, en la que la respectiva sentencia dispuso que la autoridad administrativa –Ente Nacional Regulador del Gas y la Subsecretaría de Coordinación y Control de Gestión del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios de la Nación– se expidiera en relación con la petición de la actora en un plazo de 30 días hábiles, y en la que los recursos extraordinarios interpuestos han sido desestimados. Resulta de interés destacar que, a la fecha, y excepto en el caso de una sola distribuidora, el Poder Ejecutivo no habría cumplido ninguno de los ajustes tarifarios previstos en los acuerdos transitorios o integrales celebrados con el resto de las licenciatarias del sector. Este último aserto se ensombrece, a su vez, con la carencia de información en la respectiva página *web*, según antes se detallara.

Finalmente, los órganos máximos de los entes reguladores de servicios públicos –los directorios de los mismos– se hallarían hoy ante el grave desafío de la demanda energética de gas y electricidad, donde bien sabemos que una demanda afecta a la otra pues con gas se fabrica electricidad. Ello, en presencia no de un solo ente regulador, como en Reino Unido (con un OFGEM que unifica lo que otrora era el Ofgas y el Offer), sino ante dos entes reguladores, independientes y escindidos entre sí por ser cada uno una entidad autárquica diferente. Esos reguladores, además, aparecen politizados, alejados de la economía regulatoria de los marcos regulatorios y sus regímenes tarifarios: el Ente Nacional Regulador de la Electricidad no cuenta con

³⁶ CNACAF, Sala V, Expte. 35.133/2010, “Transportadora de Gas del Norte S.A. c/ ENARGAS (Nota 332/10 - Gecom) s/ amparo por mora”.

directores designados por concurso³⁷, y el Ente Nacional Regulador del Gas se haya intervenido desde 2007, con lo que, cada seis meses, se prorroga la intervención y se vuelve a designar interventor³⁸. Es claro que, para regularizar tal situación, no hace falta ninguna nueva ley, sino sólo hacer cumplir la ley vigente.

III.3. Jurisprudencia

La jurisprudencia ha logrado, parcial y elípticamente, contener este proceso politizador de las regulaciones posteriores a la sanción de la Ley N° 25.561, de emergencia.

En el caso en el que el Defensor del Pueblo de la Nación impugnaba, antes de la sanción de la Ley N° 25.561³⁹, la aplicación del *producer price index* a las tarifas, con medida cautelar ya decretada hacia la época de sanción de esa ley, se resolvió la cuestión de fondo en el sentido de que el caso había devenido abstracto: el aumento derivado de la aplicación de ese índice había venido a quedar absorbido por los efectos de la Ley N° 25.561, sin importar el lapso que corría entre la medida, de agosto 2000, y la sanción de la ley, principios de 2002.

Privilegiando la participación, la convalidación formal, en sede judicial, de un proceso renegociatorio nos ilustra sobre el valor democratizante de la audiencia pública al menos en materia de una aparente retroactividad que, en rigor, es retrospectiva, como acertadamente se advierte⁴⁰.

Impugnado judicialmente el régimen de cargos específicos, fijados sin audiencia pública, imponiendo cuantiosas sumas desprovistas de eficiencia de asignación de cara a las inversiones, remunerando importaciones de gas que llega a Argentina en

³⁷<http://www.cnre.gov.ar/wcb/estad.nsf/da70cc466cb2e2050325684f0068a50c/2c6b93a02d1d19a30325684f0069431d?OpenDocument>, visto en enero de 2013.

³⁸ Es ilustrativa la motivación del proyecto de ley publicado en <http://www.hcdn.gov.ar/system/modules/ar.gov.hcdn.proyectos/elements/proyXmlParser.jsp?file=2007/2533-D-2007.xml&tipo=LEY&mode=fundamentos> (visto en enero del 2013), que sintetiza, en referencia al ENARGAS y al ENRE: "El organismo está presidido por el contador Fulvio Madaro designado por Decreto N° 812/2004 y los tres vocales que lo acompañan, entre ellos el mencionado Velasco, no tienen experiencia en temas de regulación de la industria de gas. En el ENRE, tanto el ingeniero Julio César Molina como Jorge Belenda ingresaron en el organismo en representación de las provincias, mientras que los restantes integrantes accedieron sin concurso". Y hoy ninguno de los dos integra el directorio del ENRE; ver link cit., n. 37.

³⁹ CNACAF, Sala V, "Defensor del Pueblo de la Nación c/ EN - PEN - M° E - Decreto N° 1.738/1992 y otros s/ proceso de conocimiento", del 23-8-2011.

⁴⁰ CNACAF, Sala V, "Unión de Usuarios y Consumidores c/ EN y otros", del 1-6-2011, publicada con rigurosa nota de Massimino, Leonardo, "Procedimiento previo, retroactividad del acto administrativo y el control judicial", en *RDA*, N° 80, Buenos Aires, AbeledoPerrot, abril de 2012, pp. 403/411 y 412/419, respectivamente.

buques, desde una hermana nación latinoamericana o incluso desde Medio Oriente, las soluciones judiciales comprenden medidas cautelares de amplio espectro⁴¹; acciones de amparo exitosas –Soldano⁴²–, en las que la Corte Suprema aún no se ha pronunciado⁴³; causas en las que apelaba el Estado Nacional codemandado, en las que la queja de éste fue desestimada por extemporánea⁴⁴; causas en las que el Estado codemandado buscaba la revisión extraordinaria en el marco de una resolución cautelar, lo que propició que la respectiva queja fuera rechazada⁴⁵.

Importantes casos en los que se apela la sentencia de Cámara –que propicia en ocasiones una solución de justicia ante los cargos específicos o, en otros casos, *bypassando* el recaudo de audiencia pública⁴⁶– se hallan pendientes de resolución por la Corte Suprema⁴⁷. En ellos anida un debate sobre la cuestión preocupante, de fondo: la asignación de costos derivados de inversiones publicadas a sectores de usuarios políticamente seleccionados, que ninguna voz han tenido, en desmedro del debido proceso de ley, en épocas en que la tecnología, en otros países, provoca verdaderas cataratas de procedimientos participativos en el seno de la Administración, especialmente regulatoria⁴⁸.

⁴¹ CNACAF, Sala V, “Defensor del Pueblo de la Nación - inc. med. c/ EN - Decreto N° 2.067/2008 - MS Planificación - Resolución N° 14.517/2008 y otro s/ proceso de conocimiento”, Expte. N° 6.530/2009, del 10-9-2009; del mismo tribunal, “Defensor del Pueblo de la Nación - inc. med. c/ Enargas Resolución N° 615/2009 s/ proceso de conocimiento”, Expte. N° 23.091/2009, del 22-9-2009.

⁴² CNACAF, Sala I, Expte. 14.275/2007, “Soldano, Domingo c/ EN - Ley N° 26.095 M° Planificación - Resolución N° 2.008/2006”, del 23-10-2008, se confirmó la sentencia de primera instancia, que había sido apelada por las codemandadas Estado Nacional y ENARGAS.

⁴³ Expte. 537/2009, Tomo XLV, letra S, recurso extraordinario, ingresado el 7-8-2009.

⁴⁴ Expte. 449/2009, Tomo XV, letra S, recurso de hecho, “Soldano, Domingo c/ EN”, sentencia del 16-11-2009.

⁴⁵ Expte. B. 588.XLVI.RHE, “Behal, Luis c/ Estado Nacional - Decreto N° 2.067/2008 - Ministerio de Planificación - Resolución N° 1.451/2008 y otro s/ amparo”, del 4-10-2011.

⁴⁶ Un repaso de las decisiones de los tribunales inferiores puede verse en “Los cargos específicos de la Ley N° 26.095. (Un costo, desagregado, muy especial, y las enseñanzas de Marienhoff)”, *op. y loc. cit.*

⁴⁷ Expte. 167/2008, Tomo XLIV, letra I, recurso de hecho, “Insugra S.A. c/ PEN - Ley N° 26.095 - Decreto N° 1.216/2006 - Ministerio de Planificación - Resolución N° 2.008/2006 y otros s/ amparo”; Expte. 280/2008, Tomo XLIV, letra E, recurso extraordinario, “Establecimiento Liniers S.A. c/ EN Ley N° 26.095 Ministerio de Planificación Resolución N° 2.008/2006 s/ amparo”; Expte. 606/2009, Tomo XLV, letra R, recurso de hecho, “Rendering S.A. c/ Estado Nacional - Ley N° 26.095 - Decreto N° 1.216/2006 - Ministerio de Planificación - Resolución N° 2.008/2006 - ENARGAS N° 3.689/2007 s/ amparo”; y Expte. 690/2009, Tomo XLV, letra R, recurso extraordinario, “Rendering S.A. c/ EN Ley N° 26.095 Decreto N° 1.216/2006 M° P - Resolución N° 2.008/2006 - ENARGAS N° 3.689/2007 s/ amparo”; entre otras.

⁴⁸ Las páginas *web* estadounidenses, en el nivel federal, de *rulemaking* electrónico, se hallan enumeradas en <http://www.archives.gov/federal-register/public-participation/rulemaking-sites.html> y allí se incluyen las de los reguladores sectoriales.

El Ministerio Público –casos “Belmar”, “Municipalidad de Ayacucho”, “Defensor del Pueblo de la Provincia de Tucumán”, “Defensor del Pueblo de la Provincia de Chubut”– ilustra sobre las medidas antes mencionadas. En “Belmar”⁴⁹ se dicta a favor de la resolución que, provisionalmente, había suspendido el pago del corte del servicio. En “Municipalidad de Ayacucho”⁵⁰ se dictaminó en contra de la legitimación procesal activa del municipio para impugnar el Decreto N° 2.067/2008. En “Defensor del Pueblo de la Provincia de Tucumán”⁵¹ se dictaminó en el sentido de que el órgano constitucional legitimado provincialmente no se hallaba legitimado para impugnar medidas nacionales, interpretación que se replica en el dictamen dictado en “Defensor del Pueblo de la Provincia de Chubut”⁵².

En cuanto a la cuestión de fondo, en “Godoy”⁵³ se ha dictaminado en el sentido de que la acción de amparo aparece, *prima facie*, como formalmente inadecuada para obtener el fin perseguido, pues pronunciarse sobre la constitucionalidad del Decreto N° 2.067/2008 involucraría el examen de cuestiones relativas a un servicio público de “evidente complejidad técnica y jurídica”, y con respeto por la deferencia a tenor de la cual “los jueces deben extremar la prudencia para no resolver materias fáctica y técnicamente complicadas”.

IV. REFLEXIONES FINALES

Los regímenes tarifarios, como objeto de diseño y análisis jurídico, como manifestación del derecho, parecen haber pasado, desde la década de los años noventa hasta el presente, por una faz marcadamente regulatoria, donde el derecho adquiere un rol seminal de ordenar o reglar el devenir, privilegiando la finalidad económica seguida por el programa de gobierno oportunamente fijado; a una faz marcada por la política merced a la publicación de la toma de decisiones en materias otrora sujetas a la regulación y a los consensos emergentes de la previa consulta en el marco de diversas formas de participación ciudadana ante los entes reguladores y ante la administración, en general.

Parece sencillo, casi mecánico, llevar al derecho al pie de la economía: poder llenar de contenidos económicos a la justicia y razonabilidad de las tarifas, y hacer irradiar sus efectos sobre el régimen tarifario todo, cuando no sobre la regul

⁴⁹ Causa B. 158.XLVI, “Belmar, Blanca Rosa y otros c/ Estado Nacional – PEN y otros s/ acción de amparo”, dictamen del 29-11-2011 y su remisión a B. 151.XLVI, de la misma fecha.

⁵⁰ M. 294.XLVII, “Municipalidad de Ayacucho c/ Estado Nacional y otros s/ amparo”, del 21-10-2011.

⁵¹ D. 302.XLVI, “Defensor del Pueblo de la Provincia de Tucumán c/ Estado Nacional y otros s/ amparo”, del 31-8-2011.

⁵² D. 498.XLVI, “Defensor del Pueblo de la Provincia de Chubut c/ Estado Nacional y otros s/ amparo”, del 2-9-2011.

⁵³ G. 799.XLVI, “Godoy de Heinrich, Ana María c/ Estado Nacional – ENARGAS s/ amparo”, del 12-8-2011.

económica toda. Más difícil parecería ser llevar al derecho al pie de la política: es que el derecho poseería una flexibilidad limitada, en algunos casos inmune a los desig-nios políticos. En esta línea de pensamiento, no se podría sacrificar la razonabilidad de una cierta clasificación de usuarios a efectos de las tarifas, en pos del populismo o el cortoplacismo con agravio a la justicia intergeneracional.

En su momento, se dudó acerca de si se podía importar inflación extranjera en un país estable con una moneda atada al valor de una moneda extranjera, cuando el resultado de esa importación significaba una variación menor al 0.4% anual, y unos escasos pesos en la factura⁵⁴. Hoy, nadie dudaría de que el pago de un cargo específico, que triplica una factura —decisión adoptada en forma inconsulta—, causa agravio a la dignidad, sea de personas físicas o de personas jurídicas. Mención aparte merecen aquellas medidas que, ante la insuficiencia de los remedios tarifarios o de publicación de costos, se traducen en cortes de luz o en redireccionamientos de gas.

Como se afirmara en este mismo ámbito, “lo técnico debe estar en el marco del derecho”⁵⁵. Y reencauzar a las tarifas en su lecho jurídico, lejos de las flexibilidades de la política, redundará en asegurar servicios que, después de todo, son servicios públicos, es decir, servicios no sujetos al máximo de regulación *política*, sino sujetos al máximo de regulación *económica*.

⁵⁴ Así, en causa cit., n. 39.

⁵⁵ Ivanega, Miriam M., “Control judicial sobre las tarifas en los servicios públicos”, en AA VV, *Servicio público, policía y fomento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2003, pp. 845/863, esp. p. 863.