

ESTUDIO BECCAR VARELA

D E S D E 1 8 9 7

TELÉFONOS

(54-11) 4379-6800
(54-11) 4379-4700

TUCUMÁN 1 PISO 3
C1049AAA, BUENOS AIRES, ARGENTINA

FAX: (54-11) 4379-6860/6869/4777

E-MAIL: estudio@ebv.com.ar

WEB: www.ebv.com.ar

MEMORANDUM

Buenos Aires, 1° de noviembre de 2016

At.: Ing. Edgardo Fonoll
Ing. Fernando Llaver
Dr. Pablo Berchessi
Dr. Héctor Gonella

**Empresa de Transporte de Energía Eléctrica por Distribución Troncal de la
Región de Cuyo - Distrocuyo S.A. ("Distrocuyo")**

Confidencial. Correspondencia
protegida por secreto profesional

Ref.: Revisión tarifaria integral 2016. Pesificación de la base de capital

Hacemos referencia a su consulta referida al tipo de cambio que corresponde utilizar a los efectos del cálculo de actualización del capital de Distrocuyo, en función del proceso de revisión tarifaria integral ("RTI") que se está llevando a cabo actualmente ante el Ente Nacional Regulador de la Electricidad ("ENRE"). En particular, nos consultan sobre qué alternativa corresponde aplicar bajo la Ley de Emergencia Pública N° 25.561 (la "Ley de Emergencia") sobre el capital de Distrocuyo que fuera pesificado como consecuencia de la crisis económica de los años 2001/2002, que derivó en el dictado de dicha norma.

Al respecto, opinamos lo siguiente:

I. Los alcances de la pesificación bajo la Ley de Emergencia.

Analizamos en este punto los alcances de la pesificación de los distintos tipos de obligaciones nominadas en dólares bajo la Ley de Emergencia focalizando en el tema concreto de la RTI.

En términos generales, la Ley de Emergencia determinó que quedaban 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 (en adelante denominaremos “Dólares” a los dólares estadounidenses o a otras monedas extranjeras), existentes a la sanción de la Ley de Emergencia¹.

En particular, identificó 3 tipos distintos de obligaciones, con consecuencias distintas en cada una:

a) **Obligaciones vinculadas al sistema financiero.** En este supuesto, la Ley de Emergencia, conforme reglamentación del Decreto N° 214/2002, determinó que:

1. Todos los depósitos en Dólares fueron convertidos a pesos, a razón de \$ 1,40 por cada dólar CON MÁS la aplicación de un Coeficiente de Estabilización de Referencia (“CER”) CON MÁS una tasa de interés mínima para los depósitos².

Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (“CSJN”) resolvió en el fallo “Massa”³ -en el que se debatía la pesificación de depósitos en Dólares en Bank Boston-, que “...se declara el derecho de la actora a obtener de la entidad bancaria el reintegro de su depósito convertido en pesos a la relación de \$ 1,40 por cada dólar estadounidense, ajustado por el CER hasta el momento de su pago, más la aplicación sobre el monto así obtenido de intereses a la tasa del 4% anual -no capitalizable-...”. Para así decidir, la CSJN no aplicó meramente la literalidad de la norma, sino que en los Considerandos del Fallo plasmó cuestiones especiales, como la necesidad de superar la emergencia, la atención a la paz social o dar una respuesta institucional:

“11) Que esta sentencia constituye, por lo tanto, el corolario de un prolongado y fecundo debate entre los miembros de este Tribunal que, en pos de dar una respuesta institucional a una controversia de inusitadas características, han dado prioridad a los puntos de coincidencia en cuanto a la ponderación de los resultados para lograr la paz social, que es la más alta función que le cabe a la Corte Suprema siguiendo los lineamientos fijados en el Preámbulo de la Constitución Nacional.

12) Que a lo expresado debe añadirse la insoslayable consideración de las circunstancias actualmente existentes, que deben ser ponderadas en virtud de la invariable jurisprudencia de esta Corte según la cual sus sentencias deben atender a la situación existente al momento de decidir (Fallos: 311:870; 314:568; 315:2684; 318:342, entre muchos otros)”.

Con relación a la tasa de interés así establecida, la CSJN consideró especialmente que “... teniendo en cuenta las condiciones bajo las cuales fue dispuesta la conversión a pesos de los depósitos en dólares, la notoria recuperación y el fortalecimiento del sistema financiero cercana al colapso existente en la época en que se dictaron las medidas de examen, y la evolución de las variables económicas, resulta adecuado fijar una tasa de interés del 4% anual no capitalizable. La tasa de interés fijada por la autoridad regulatoria y ampliada judicialmente, mediante esta decisión, contempla la totalidad de los intereses devengados con finalidad compensatoria, aun aquellos de fuente convencional, y por lo tanto debe ser íntegramente soportada por el banco deudor” (el subrayado es nuestro)⁴. En relación a la

¹ Conforme art. 1 del decreto 214/02. A su vez, el Decreto N° 410/2002 preveía excepciones a este presente artículo.

² Conforme art. 2 y 4 del decreto 214/02.

³ “Massa, Juan c/ PEN Dec. 1570/01 s/ amparo”, 27 de diciembre de 2006, Causa M. 2771 XLI.

⁴ Fallo Massa, Considerando 17°.

tasa de interés, debe tenerse en cuenta entonces que fue dispuesta en el año 2006, bajo las condiciones especiales imperantes en esa época, que tal vez no reflejen adecuadamente las condiciones actuales. Eventualmente, deberá evaluarse qué tipo de tasa corresponde aplicar actualmente.

2. Las deudas en Dólares con el sistema financiero, cualquiera fuere su monto o naturaleza, fueron convertidas a pesos, a razón de 1 peso por cada Dólar CON MÁS la aplicación del CER, CON MÁS una tasa de interés máxima para los préstamos⁵.

b) **Obligaciones no vinculadas al sistema financiero.** Estas obligaciones expresadas en Dólares, cualquiera haya sido su origen o naturaleza, haya o no mora del deudor, se convertían a razón de US\$ 1 = \$ 1, o su equivalente en otra moneda extranjera CON MÁS la aplicación CER o del Coeficiente de Variación de Salarios ("CVS")⁶. La misma norma preveía que, si por aplicación de los coeficientes correspondientes, el valor resultante de la cosa, bien o prestación, fuere superior o inferior al del momento de pago, cualquiera de las partes podrá solicitar un *reajuste equitativo del precio* y en caso de no mediar acuerdo a este respecto, la justicia decidiría sobre el particular. En este sentido, el art. 11 de la Ley de Emergencia preveía que "*El Poder Ejecutivo nacional queda facultado a dictar disposiciones aclaratorias y reglamentarias sobre situaciones específicas, sustentadas en la doctrina del artículo 1198 del Código Civil y el principio del esfuerzo compartido*" (el subrayado es nuestro).

Por aplicación de estos principios del *reajuste equitativo del precio* y del *esfuerzo compartido*, tanto el Poder Ejecutivo (por ejemplo, a través de la sanción de la Ley 26.167 referida a deudores de vivienda única) como la Justicia, fueron adoptando las soluciones en los miles de casos presentados de distinta naturaleza, para así poder cerrar las instancias judiciales.

En términos generales, a los fines de la aplicación integral de esta disposición y en especial para determinar la cuantía del *reajuste equitativo del precio*, la CSJN, en su fallo "Longobardi", de 2007, determinó que

"28) Que, sin perjuicio de ello, en la búsqueda del restablecimiento de un adecuado equilibrio de las prestaciones, a través de una distribución proporcional de las cargas, el bloque normativo de emergencia ha dejado abierta la posibilidad de recurrir a otras vías cuyo tránsito debería ser abordado con arreglo al principio de equidad. Baste mencionar, al respecto, las previsiones vinculadas con la eventualidad de requerir un "ajuste equitativo", ya mencionadas, contenidas en los arts. 11 de la ley 25.561 (modificada por la ley 25.820) y 8º del decreto 214/2002. En suma, el sistema legal admite senderos alternativos para alcanzar un único fin, es decir, una solución equitativa. Y es precisamente dentro del marco de esas posibilidades que la jurisprudencia de los tribunales inferiores ha elaborado y empleado en forma generalizada la denominada doctrina del esfuerzo compartido - que más recientemente ha sido receptada en las previsiones del art. 6º de la ley 26.167- que postula la distribución proporcional entre las partes de la carga patrimonial originada en la variación cambiaria.-"

⁵ Conforme art. 3 y 4 del Decreto 214/02.

⁶ Conforme art. 11 de la Ley de Emergencia y 8º del Decreto 214/02.

29) *Que, a la luz de las referidas orientaciones normativas, se presentan, básicamente, dos caminos alternos para dar solución a problemas como el aquí suscitado, que no se contraponen ni se excluyen necesariamente, frente a los cuales el operador jurídico tiene el deber de aplicarlos de manera integrada a fin de hacer efectiva la regla de equidad que, como ya se ha señalado, constituye el eje sobre el que la legislación de emergencia ha procurado hacer girar todo sistema de reajuste. Tales caminos son a) aplicar los parámetros indicados en las prescripciones legales referidas en los considerandos anteriores (en síntesis, determinar el quantum de la obligación según la paridad 1 a 1 más CER, más intereses); y 2) ordenar la distribución equitativa entre los contendientes de las consecuencias de la variación cambiaria (las diferencias entre un dólar igual un peso y el dólar de mercado, más sus intereses).-*

30) *Que, ante la concreta plataforma fáctica de este caso y en las circunstancias actuales, la solución con mayor aptitud para el resguardo de los derechos constitucionales de las partes es la distribución proporcional del esfuerzo patrimonial, en tanto materializa de modo más acabado el principio de equidad. La adopción de esa definición implica, asimismo, dar un paso más en el proceso de homogeneización de las decisiones judiciales para situaciones análogas a la del sub lite y evita que se generen desigualdades entre quienes ya han obtenido respuesta a sus demandas por parte de los tribunales inferiores y quienes aún la aguardan.-*

Se impone remarcar, no obstante -y aun a riesgo de sobreabundar-, que a efectos de alcanzar una recomposición justa y razonable de las prestaciones, la utilización de los instrumentos creados por las normas de emergencia debe efectuarse de manera coordinada y sistemática, preservando la efectividad del rol que el legislador ha conferido al CER como factor esencial en el mecanismo de reestructuración de las obligaciones y que, para supuestos como el de autos, debe ser entendido como una garantía para el acreedor a no ser constreñido a percibir montos inferiores de los que se obtengan mediante su aplicación.”

En base a ello –entre muchos otros argumentos- la CSJN determinó que correspondía “...pagar a los acreedores la suma que resulte de transformar a pesos el capital reclamado en moneda extranjera a razón de un peso por dólar estadounidense, más el 50% de la brecha que exista entre un peso y la cotización de la mencionada divisa extranjera en el mercado libre de cambio, tipo vendedor, del día en que corresponda efectuar el pago, salvo que la utilización del coeficiente de actualización previsto en las normas de emergencia económica arroje un resultado superior, con más una tasa de interés del 7,5% anual, no capitalizable, entre moratorios y punitorios desde la fecha en que se produjo la mora y hasta la del efectivo pago”⁷.

En otras palabras, en base a los principios de reajuste equitativo del precio y la teoría del esfuerzo compartido, la CSJN aceptó que se aplique la pesificación 1 a 1 más el CER, salvo cuando resulte mayor aplicar sobre la pesificación US\$1 igual a \$1, el 50% de la brecha que exista entre \$1 y la cotización del Dólar en el mercado libre de cambio, tipo vendedor, del día en que corresponda efectuar el pago, en cuyo caso se aplica esta fórmula.

⁷ Longobardi, Irene Gwendoline y otros c. Instituto de Educación Integral San Patricio SRL – CSJN – 18/12/2007.

En ambos casos, más intereses. En relación a éstos, fijados en la causa “Longobardi” en 7,5%, debe tenerse en cuenta que (i) esa tasa incluye intereses moratorios y punitivos, siendo que estos últimos no corresponderían al caso bajo análisis de Distrocuyo, y (ii) fue dispuesta en el año 2006, bajo las condiciones especiales imperantes en esa época, que tal vez no reflejen adecuadamente las condiciones actuales. Eventualmente, deberá evaluarse económicamente qué tipo de tasa corresponde actualmente.

A este fin, la CSJN consideró entre muchos otros argumentos, que “... a los efectos de alcanzar una recomposición justa y razonable de las prestaciones, la utilización de los instrumentos creados por las normas de emergencia debe efectuarse de manera coordinada y sistemática, preservando la efectividad del rol que el legislador ha conferido al CER como factor esencial en el mecanismo de reestructuración de las obligaciones y que, para supuestos como el de autos, debe ser entendido como una garantía para el acreedor a no ser constreñido a percibir montos inferiores de los que se obtengan mediante su aplicación.”⁸ (el subrayado nos pertenece).

c) **Obligaciones originadas en los contratos de la administración regidos por normas de derecho público.** Este supuesto incluye en general a las empresas prestadoras de obras y servicios públicos (“...contratos celebrados por la Administración Pública bajo normas de derecho público...”, entre ellas Distrocuyo), en el que se ha dispuesto que:

1. quedaban 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.
2. Los precios y tarifas resultantes de dichas cláusulas, quedan establecidos en pesos a la relación de cambio \$ 1 = US\$ 1.
3. Se autorizó al Poder Ejecutivo nacional a renegociar los contratos correspondientes, debiendo tomarse en consideración los siguientes criterios: 1) el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos; 2) la calidad de los servicios y los planes de inversión, cuando ellos estuviesen previstos contractualmente; 3) el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios; 4) la seguridad de los sistemas comprendidos; y 5) la rentabilidad de las empresas.

En este caso, entendemos que los conceptos alcanzados por la pesificación son los precios (por ejemplo, de los generadores de energía) y las tarifas (por ejemplo, las aprobadas por el ENRE para ser aplicadas por las empresas distribuidoras y transportistas). Este concepto abarca también aquellos ítems que, si bien no son directamente precios o tarifas, impactan directamente sobre éstos modificándolo automáticamente. Por ejemplo, costos variables de producción, precios de referencia, precios estacionales, etc.

Por el contrario, entendemos que no resultan aplicables sobre otros conceptos por quedar incluidos en otros supuestos de la Ley de Emergencia y, en definitiva, por no tener efectos sobre las variables económicas generales que se trataban de paliar a través de las medidas de emergencia adoptadas sobre precios y tarifas del sector público. Nos referimos por ejemplo, a la base de capital.

En resumen,

⁸ Fallo “Longobardi”, Considerando 30°.

- a) Para obligaciones –depósitos- vinculadas al sistema financiero, se aceptó la pesificación a 1,40 más CER más intereses (al 4% anual no capitalizable, según caso “Massa”).
- b) Para obligaciones –préstamos- vinculadas al sistema financiero, se aceptó la pesificación 1,40 más CER más intereses (al 7,5% máximo anual no capitalizable, según caso “Longobardi”).
- c) Para obligaciones no vinculadas al sistema financiero, se aceptó la pesificación 1 a 1 más CER más intereses (al 7,5% anual no capitalizable, según caso “Longobardi”), salvo cuando resulte mayor aplicar sobre la pesificación US\$1 igual a \$1, el 50% de la brecha que exista entre \$1 y la cotización del Dólar en el mercado libre de cambio, tipo vendedor, del día en que corresponda efectuar el pago, más intereses, en cuyo caso se aplica esta fórmula.

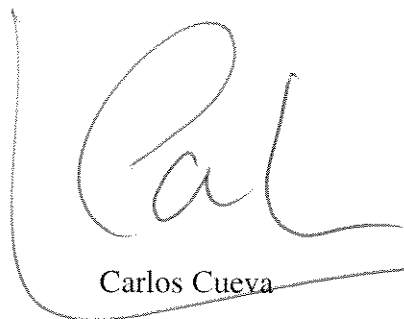
II. La opción más conveniente.

La normativa no incluye una solución expresa y directamente aplicable para la situación planteada.

De todos modos, consideramos aplicable análogamente las soluciones dispuestas en la Ley de Emergencia y en la jurisprudencia consecuente. En todos los casos se aplican principios de *esfuerzo compartido*, *reajuste equitativo del precio*, *solución institucional*, etc., principios éstos aplicables al caso de Distrocuyo y de otras transportistas.

En orden a lo expuesto, consideramos que por aplicación de los Principios referidos, el índice aplicable no podría ser nunca inferior a \$ 1,40 por cada Dólar, pero pudiendo incluso ser superior.

Atentamente



Carlos Cueva