



POZO GOWLAND ABOGADOS

De : Héctor Pozo Gowland
A : Carlos García Pereira – Mariano Palacios
Referencia : TRANSENER y TRANSBA– Ajuste de la base de capital
Fecha : 10 de Noviembre de 2016

1. La consulta.

La ley 25.561 declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, facultó al Poder Ejecutivo Nacional a establecer el sistema para determinar la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras y dictar regulaciones cambiarias, y modificó sustancialmente el régimen de convertibilidad.

Respecto de los contratos celebrados por la Administración Pública bajo normas de derecho público, comprendidos entre ellos los de obras y servicios públicos, quedaron sin efecto las cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras y las cláusulas indexatorias basadas en índices de precios de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio. Los precios y tarifas resultantes de dichas cláusulas, quedaron establecidos en pesos a la relación de cambio un peso (\$ 1) igual a un dólar estadounidense (US\$ 1).

En función de estos cambios normativos, se autorizó al Poder Ejecutivo nacional a renegociar los citados contratos.

Con fundamento en lo expuesto TRANSENER y TRANSBA celebraron la renegociación de sus contratos de concesión a través de las Actas Acuerdo UNIREN, ratificadas por los Decretos 1462/05 y 1460/05. Con motivo de la Revisión Tarifaria Integral –RTI– que actualmente se está realizando en el ENRE, corresponde determinar los criterios para convertir la base de capital de pesos a dólares estadounidenses.

2. Antecedentes contractuales.

Las Actas Acuerdo UNIREN dispusieron llevar a cabo la renegociación a través de la Revisión Tarifaria Integral (RTI), que es el procedimiento que debe implementar el ENRE “con el objeto de determinar el nuevo régimen tarifario de la CONCESION, conforme a lo estipulado en el Capítulo X “Tarifas” de la Ley N° 24.065, su reglamentación, normas complementarias y conexas, y las PAUTAS previstas en este instrumento”.

En la cláusula décimo cuarta se establecieron las Pautas bajo las cuales debe realizarse la RTI, entre las cuales se dispone:

14.1.9. Base de capital y tasa de rentabilidad: criterios para la determinación de la base de capital y de la tasa de rentabilidad. Como criterio general, la Base de Capital de la concesión se determinará

tomando en cuenta los activos necesarios para una operación eficiente y prudente del servicio. Para la valuación de dichos activos se considerará: a) el valor inicial de los bienes al comenzar la concesión, como también aquel correspondiente a las incorporaciones posteriores, y b) el valor actual de tales bienes, resultante de aplicar criterios técnicos fundados que expresen en forma justa y razonable dicha estimación, tomando en cuenta el estado actual de conservación de dichos bienes.

Todas las valuaciones se efectuarán en moneda nacional.

La tasa de rentabilidad se determinará conforme lo establece el artículo 41 de la Ley 24.065.

Mediante la Resolución ENRE N° 524/16 se aprobó el Programa “a aplicar para la Revisión Tarifaria Integral (RTI) del Transporte de Energía Eléctrica”. En su Anexo se fijaron los criterios y la metodología. Respecto de la Base de Capital el numeral 4 dispone:

4. BASE DE CAPITAL

Para la determinación de la base de capital se utilizará la metodología de valuación a costo histórico. Para aquellas TRANSPORTISTAS que han tenido revisión tarifaria, dicha metodología implica que el valor del activo regulado inicial será la base de capital establecida en la última revisión tarifaria. A dicho valor se le adicionarán anualmente las inversiones realizadas a posteriori, descontando los montos correspondientes a bajas y amortizaciones. Finalmente con el objetivo de mantener el valor real de los activos, la base será actualizada según la evolución de índices oficiales representativos de la estructura de los bienes considerados. Para aquellas TRANSPORTISTAS que no han tenido revisión tarifaria, el importe de la base de capital inicial surge como contrapartida de los aportes y del pasivo transferido al comenzar el contrato de concesión del servicio, menos el valor de la opción por actividades no reguladas.

Específicamente, se deberán tener en cuenta las siguientes consideraciones generales:

- La valuación se efectuará en moneda nacional*
- En cuanto a los índices de actualización a ser utilizados, las series utilizadas al respecto deberán ser adjuntadas a la propuesta.*
- Altas del período: para la determinación de la base de capital se considerarán sólo aquellas inversiones que correspondan a la actividad regulada de la Concesionaria, excluyéndose toda inversión correspondiente a actividades no reguladas y aquellas realizadas con aporte de terceros y/o donaciones.*



· Se deberán presentar todas las inversiones, discriminando aquellas ejecutadas: i) con fondos propios; ii) con aporte de terceros y/o donaciones; y, iii) para actividades no reguladas. Para aquellas transportistas que tuvieron revisión tarifaria, se deberá identificar las altas realizadas anualmente desde el inicio de ese periodo tarifario. Para las que no tuvieron revisión, desde el inicio de la concesión.

· Para los activos incorporados al patrimonio (dados de alta) en los años 2002 y 2003, las transportistas deberán informar los índices aplicados para su ajuste por inflación en cada período en el cual dicho ajuste fuera realizado.

· Depreciaciones: deberán informarse los años de vida útil típica asignable al activo o equipamiento, respetando los parámetros de la Contabilidad Regulatoria establecida por el ENRE.

TRANSENER tuvo una renegociación tarifaria anterior, que estableció su remuneración a partir del 17 de Julio de 1998 mediante la Resolución ENRE N° 1650/98, fijando la base de capital en dólares estadounidenses. Por lo tanto, conforme lo dispuesto en el numeral 14.9 del Acta Acuerdo UNIREN y en el numeral 4. del Anexo aprobado por la Resolución ENRE N° 524/16, para determinar la base de capital debe tomarse el valor de los bienes establecido en dicha revisión tarifaria.

En el caso de TRANSBA no tuvo renegociación tarifaria, pero su base de capital estaba determinada en la valuación efectuada en oportunidad de su privatización, expresada en dólares estadounidenses.

Como el valor en ambos casos fue establecido en dólares estadounidenses, se nos consulta acerca de los criterios a considerar para su conversión a pesos conforme los antecedentes que tuvieron lugar bajo el régimen de la pesificación.

3. El régimen de la pesificación.

La pesificación de la totalidad de las obligaciones regidas por el derecho argentino distinguió entre (i) las obligaciones originadas en los contratos de la administración regidos por normas de derecho público; (ii) las obligaciones en dólares no vinculadas al sistema financiero; y, (iii) las obligaciones del sistema financiero.

3.1. Las obligaciones originadas en los contratos de la administración regidos por normas de derecho público.

La Ley 25.561 en el capítulo II estableció el régimen de pesificación de las obligaciones originadas en los contratos de la administración regidos por normas de derecho público.

ARTICULO 8° — 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. Los precios y tarifas resultantes de dichas cláusulas, quedan establecidos en pesos a la relación de cambio UN PESO (\$ 1) = UN DOLAR ESTADOUNIDENSE (U\$S 1).

ARTICULO 9° — Autorízase al Poder Ejecutivo nacional a renegociar los contratos comprendidos en lo dispuesto en el Artículo 8° de la presente ley. En el caso de los contratos que tengan por objeto la prestación de servicios públicos, deberán 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.

De esta manera se dispuso la pesificación de los contratos de la administración regidos por normas de derecho público a la relación de cambio UN PESO (\$ 1) = UN DOLAR ESTADOUNIDENSE (U\$S 1), *con los ajustes que resulten de la renegociación*. En el caso de TRANSENER y de TRANSBA la renegociación tuvo lugar a través de las Actas Acuerdo UNIREN, que culmina con la RTI que se está realizando y la fijación del nuevo régimen tarifario que fije el ENRE.

b. Las obligaciones en dólares no vinculadas al sistema financiero.

Respecto de las obligaciones en dólares no vinculadas al sistema financiero la pesificación se dispuso a la relación de un (1) dólar estadounidense igual a un (1) peso, junto con la aplicación del “*Coficiente de Estabilización de Referencia (CER) o el Coficiente de Variación de Salarios (CVS), o el que en el futuro los reemplace, según sea el caso*”. Se aclaró que cualquiera de las partes podía solicitar el *reajuste equitativo del precio*, y el Poder Ejecutivo quedaba facultado a dictar disposiciones aclaratorias y reglamentarias sustentadas en la *teoría de la imprevisión*¹.

¹ Ley 25.561 art. 11°: “*Las obligaciones de dar sumas de dinero existentes al 6 de enero de 2002, expresadas en DOLARES ESTADOUNIDENSES u otra moneda extranjera, no vinculadas al sistema financiero, cualquiera sea su origen o naturaleza, haya o no mora del deudor, se convertirán a razón de UN DOLAR ESTADOUNIDENSE (U\$S 1) = UN PESO (\$ 1), o su equivalente en otra moneda extranjera, resultando aplicable la normativa vigente en cuanto al Coficiente de Estabilización de Referencia (CER) o el Coficiente de Variación de Salarios (CVS), o el que en el futuro los reemplace, según sea el caso. 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. En el caso de obligaciones de tracto sucesivo o de cumplimiento diferido este reajuste podrá ser solicitado anualmente, excepto que la duración del contrato fuere menor o cuando la diferencia de los valores resultare notoriamente desproporcionada. De no mediar acuerdo a este respecto, la justicia decidirá sobre el particular. Este procedimiento no podrá ser requerido por la parte que se hallare en mora y ésta le resultare imputable. Los jueces llamados a entender en los conflictos que pudieran suscitarse por tales motivos, deberán arbitrar medidas tendientes a preservar la continuidad de la relación contractual de modo equitativo para las partes. De no mediar acuerdo entre las partes, las mismas quedan facultadas para seguir los procedimientos de mediación vigentes en las respectivas jurisdicciones y ocurrir ante los tribunales competentes para dirimir sus diferencias. En este caso, la parte deudora no podrá suspender los pagos a cuenta ni la acreedora*

c. Las obligaciones del sistema financiero.

Al mes de sancionada la ley 25.561 fue dictado el Decreto 214/02² para el reordenamiento del sistema financiero. Por su art. 2° quedaron “transformadas a PESOS todas las obligaciones de dar sumas de dinero, de cualquier causa u origen — judiciales o extrajudiciales— expresadas en DOLARES ESTADOUNIDENSES, u otras monedas extranjeras, existentes a la sanción de la Ley N° 25.561 y que no se encontrasen ya convertidas a PESOS”, disponiéndose que la conversión debía realizarse “a razón de PESOS UNO CON CUARENTA CENTAVOS (\$ 1,40) por cada DÓLAR ESTADOUNIDENSE”. Además el art. 8° dispuso que si por la pesificación en eso términos “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”, agregando: “Los jueces llamados a entender en los conflictos que pudieran suscitarse por tales motivos, deberán arbitrar medidas tendientes a preservar la continuidad de la relación contractual de modo equitativo para las partes”.

De esta manera, en este caso la pesificación tuvo lugar a la relación de pesos uno con cuarenta centavos (\$ 1,40) por cada dólar estadounidense, más el *reajuste equitativo* que correspondiera aplicar.

Lo expuesto indica que en los tres supuestos la pesificación fue dispuesta: (i) según el tipo de cambio considerado en cada caso; (ii) con las adecuaciones resultantes de la renegociación y del reajuste equitativo.

4. Antecedentes jurisprudenciales.

La terminación del régimen de convertibilidad y la pesificación dispuesta por la Ley 25.561 y el Decreto 214/02 generaron uno de los cambios normativos que más impactaron en las relaciones jurídicas, tanto de derecho público como de derecho privado, con la consecuente afectación del derecho de propiedad. Ello provocó el mayor colapso en la historia del sistema judicial argentino por la cantidad de procesos jamás registrados con anterioridad³. Esta situación dio lugar a numerosos pronunciamientos judiciales con intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que fueron brindando soluciones particulares y diferentes, para cada uno de los casos que se fueron planteando, con fundamento en el ajuste equitativo, la razonabilidad y otros principios.

La pesificación fue dispuesta mediante el ejercicio del poder de policía de emergencia. Señaló Badeni que mediante este último “*que presupone una suerte de estado de necesidad, cabe suspender el ejercicio de ciertos derechos o su ámbito de extensión. Pero esa suspensión debe ser razonable en su contenido y esencialmente transitoria, sin poder afectar derechos adquiridos. Es que resulta inadmisibles la convivencia bajo un*

negarse a recibirlos. 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. La presente norma no modifica las situaciones ya resueltas mediante acuerdos privados y/o sentencias judiciales.

² El Decreto 214/02 es un Decreto de Necesidad y Urgencia dictado por el Poder Ejecutivo Nacional bajo el art. 99 inc. 3° de la Constitución nacional, que como tal tiene la misma jerarquía que una ley.

³ Se calculó que solo los ahorristas iniciaron 160.000 causas judiciales http://www.ieco.clarin.com/economia/corralito-empiezan-prescribir-causas-ahorristas_0_601139938.html

permanente estado de necesidad, transformando a una excepción en regla general. Ello no se compadece con el mensaje de libertad, dignidad y progreso que emana de la Constitución”⁴.

La Corte Suprema dictó numerosas sentencias fijando criterios diferentes a los fines de la pesificación, en función de las diversas circunstancias particulares de los casos que se fueron planteando. Así resulta del análisis jurisprudencial realizado por los diferentes autores⁵. Entre las sentencias en materia de pesificación de las obligaciones del sistema financiero y de las obligaciones ajenas al sistema financiero cabe mencionar, a título de ejemplo, las siguientes:

- a) “Provincia de San Luis c. Estado Nacional”, del 05/03/2003⁶, referido a los depósitos en el sistema bancario.
- b) “Massa, Juan Agustín c. P.E.N.” del 27/12/2006⁷, relacionado con la pesificación de una caja de ahorro en dólares.
- c) “Rinaldi, Francisco A. y otro c. Guzmán Toledo, Ronal C, y otra” del 15/03/2007⁸, “Río del Val, José Antonio c. Benítez de Escobar, Ana Dora” del 07/04/2009⁹, “Amura, Beatriz Olga y otra c. Saiag, Alberto Raúl” del

⁴ Badeni, Gregorio: “Emergencia económica y Estado de Derecho”, LA LEY 2007-A, 1039 – Derecho Constitucional – Doctrinas Esenciales Tomo IV, 01/01/2008, 193.

⁵ Ibarlucía, Emilio A.: “La pesificación de las obligaciones ajenas al sistema financiero. Las distintas soluciones arbitradas por la Corte Suprema” LA LEY Sup. Const. 2008 (julio), 01/01/2008, 19 – LA LEY 2008-D, 272; Bianchi, Alberto: “El derecho constitucional en la jurisprudencia de la Corte Suprema entre 2003 y 2007” LA LEY 2008-B, 717.

⁶ “La “pesificación” de las imposiciones bancarias en moneda extranjera -a razón de \$ 1,40 por 1 US\$- atenta contra el principio de razonabilidad, ya que si bien en situaciones de extrema gravedad es legítimo exigir a los miembros de la sociedad un sacrificio en virtud del principio de solidaridad social, dicho régimen no efectúa una distribución equitativa del perjuicio, haciendo recaer mayormente sobre el ahorrista los efectos perjudiciales de la crisis, excediendo el ejercicio válido de los poderes de emergencia”. Fallos: 326:417. Cita Online: AR/JUR/109/2003.

⁷ “El actor, en su carácter de titular de una caja de ahorro en dólares, tiene derecho a obtener del banco demandado el reintegro de su depósito convertido en pesos a la relación de \$ 1,40 por cada dólar, ajustado por el C.E.R hasta el momento de su pago, más los intereses calculados a la tasa del 4% anual no capitalizable, debiendo computarse como pagos a cuenta las sumas que dicha entidad hubiese abonado con relación al referido depósito durante el transcurso del pleito, así como las que hubiera entregado en cumplimiento de medidas cautelares”. Cita Fallos Corte: 329:5913. Cita Online: AR/JUR/7737/2006.

⁸ “En las ejecuciones de mutuos hipotecarios celebrados entre particulares en divisa extranjera y por un monto inferior a los \$100.000, en los que el deudor tenga comprometida su vivienda única y familiar, el reajuste equitativo de las prestaciones al que se refiere el art. 11 de la ley 25.561 (Adla, LXII-A, 44) no podrá exceder el cálculo que surge de la conversión de un dólar a un peso más el 30 % de la diferencia entre dicha paridad y la cotización libre del dólar a la fecha en que se practique la liquidación, debiendo adicionarse un interés que no sea superior al 2,5% anual por todo concepto, desde la mora hasta su efectivo pago, ello por aplicación de lo previsto en el art. 6 de la ley 26.167”. Fallos Corte: 330:855; Cita Online: AR/JUR/145/2007.

⁹ “Corresponde aplicar lo resuelto en la causa “Rinaldi” y, en consecuencia, revocar la sentencia que declaró la inaplicabilidad del régimen de refinanciación hipotecaria establecido por la ley 25.798 (Adla, LXIII-E, 4978), y, por aplicación de la doctrina del esfuerzo compartido, dispuso que la deuda se abonara a razón de un dólar igual un peso, más el 50% de la brecha entre el peso y el valor del dólar en

22/12/2008¹⁰, “Galuzzi, Pascual Rafael c. Groszek, Vanda Julia” del 11/11/2008¹¹, sentencias vinculadas a la pesificación de créditos hipotecarios en los que los deudores tenían comprometida su vivienda única y familiar, el reajuste equitativo de las prestaciones debía realizarse a la conversión de un dólar a un peso, más el 30 % de la diferencia entre dicha paridad y la cotización libre del dólar.

- d) “Bezzi, Rubén A. y otro c. Valentín, Sixto C. y otro” del 11/09/2007¹², Nieves de Piazza, Josefina Esther c. Velásquez, Emilio Ismael del 21/04/2009¹³, “Altuna, Laura María c. Rodríguez, Antonio Guillermo” del 26/03/2009¹⁴, “López, Evaristo c. Mene, Lidia” del 09/12/2009¹⁵, en las que se estableció el criterio

el mercado libre de cambio a la fecha del día de pago, toda vez que las cuestiones referentes a la pesificación del crédito hipotecario proporcionado al deudor resultan sustancialmente análogas a las decididas por la Corte Suprema en el citado precedente”. Cita Fallos Corte: 332:797. Cita Online: AR/JUR/4357/2009.

¹⁰ “En las ejecuciones de mutuos hipotecarios celebrados entre particulares en divisa extranjera y por un monto inferior a los \$100.000, en los que el deudor tenga comprometida su vivienda única y familiar, el reajuste equitativo de las prestaciones al que se refiere el art. 11 de la ley 25.561 (Adla, LXII-A, 44) no podrá exceder el cálculo que surge de la conversión de un dólar a un peso más el 30 % de la diferencia entre dicha paridad y la cotización libre del dólar a la fecha en que se practique la liquidación, debiendo adicionarse un interés que no sea superior al 2,5% anual por todo concepto, desde la mora hasta su efectivo pago, ello por aplicación de lo previsto en el art. 6 de la ley 26.167. (Del voto de la Corte según la doctrina sentada en la causa “Rinaldi, Francisco A. y otro”, 2007-03-15, LA LEY 2007-B 415, a la cual remite)”. Cita Fallos Corte: 331:2844. Cita Online: AR/JUR/23498/2008.

¹¹ “En las ejecuciones de mutuos hipotecarios celebrados entre particulares en divisa extranjera y por un monto inferior a los \$100.000, en los que el deudor tenga comprometida su vivienda única y familiar, el reajuste equitativo de las prestaciones al que se refiere el art. 11 de la ley 25.561 (Adla, LXII-A, 44) no podrá exceder el cálculo que surge de la conversión de un dólar a un peso más el 30 % de la diferencia entre dicha paridad y la cotización libre del dólar a la fecha en que se practique la liquidación, debiendo adicionarse un interés que no sea superior al 2,5% anual por todo concepto, desde la mora hasta su efectivo pago, ello por aplicación de lo previsto en el art. 6 de la ley 26.167 (de la sentencia de la Corte Suprema según la doctrina sentada en la causa “Rinaldi, Francisco A. y otro”, 2007/03/15, LA LEY, 2007-B, 415, a la cual remite)”. Cita Fallos Corte: 331:2491. Cita Online: AR/JUR/20239/2008.

¹² “Es aplicable análogicamente el art. 6° de la ley 26.167 —en cuanto establece que el capital adeudado en dólares estadounidenses o su equivalente en otra moneda extranjera, se convertirá a un peso más el 30% de la diferencia entre dicha paridad y la cotización libre del dólar estadounidense a la fecha en que se practique la liquidación— a los supuestos de deudores de mutuos hipotecarios inferiores en su origen a U\$S 100.000, que han dado en garantía su vivienda única y familiar, cuando por alguna razón no cumplen con los restantes requisitos exigidos por las leyes 25.798 (texto según ley 25.908) y la mencionada 26.167, más un interés del 7,5% anual entre moratorios y punitivos, desde la fecha en que se produjo la mora y hasta la del efectivo pago”. Fallos Corte: 330:4001. Cita Online: AR/JUR/4494/2007

¹³ Fallos 332:854

¹⁴ “Toda vez que las cuestiones planteadas resultan sustancialmente análogas a las resueltas por la Corte Suprema en la causa “Bezzi”, corresponde declarar formalmente admisible el recurso extraordinario deducido por el ejecutado y revocar la sentencia apelada, condenando al demandado —por aplicación del principio del esfuerzo compartido— a pagar a la acreedora la suma que resulte de transformar a pesos el capital reclamado en moneda extranjera a razón de un peso por dólar estadounidense, más el 30% de la brecha que existe entre un peso y la cotización de la mencionada divisa en el mercado libre de cambio, tipo vendedor, del día en que corresponda efectuar el pago”. Cita Fallos Corte: 332:588. Cita Online: AR/JUR/3137/2009.

¹⁵ “En virtud de lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Bezzi” —11/09/2007; LA LEY 2007-E, 578—, corresponde rechazar el planteo de inaplicabilidad de la ley 26.167 formulado por

aplicable a las ejecuciones de mutuos hipotecarios celebrados entre particulares en divisa extranjera por un monto inferior a los U\$S100.000, en los que la pesificación fue realizada a la relación de “un peso más el 30% de la diferencia entre dicha paridad y la cotización libre del dólar estadounidense”.

- e) “Gueler, Edgardo Jorge c. Sáez, Daniel” del 28/05/2008¹⁶, sentencia en la que un mutuo afectado por la legislación de emergencia por un valor que excedía los U\$S 250.000, garantizado con hipoteca sobre un inmueble que no revestía el carácter de vivienda única, permanente y familiar, la pesificación se dispuso que debía realizarse 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 en el mercado libre de cambio, tipo vendedor.
- f) “Longobardi c/ Instituto de Educación Integral San Patricio” del 18/12/07¹⁷, “Nuevo Crédito S.A. c. Darget, Carlos Alberto Augusto” del 01/12/2009¹⁸,

la actora, por haber incurrido la deudora en mora fuera del período contemplado por las leyes 25.798 y 26.167, y condenar a la demandada, por aplicación del principio del esfuerzo compartido, a pagar a la parte acreedora la suma que resulte de transformar a pesos el capital reclamado en moneda extranjera a razón de un peso por dólar estadounidense, más el 30% 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, con más una tasa de interés del 7,5% anual entre moratorios y punitivos desde la fecha en que se produjo la mora y hasta la del efectivo pago”. Cita Online: AR/JUR/65120/2009.

¹⁶ “Si se trata de un mutuo afectado por la legislación de emergencia —ley 25.561, decreto 214/2002 y normas complementarias—, por un valor que excede los U\$S 250.000, garantizado con hipoteca sobre un inmueble que no reviste el carácter de vivienda única, permanente y familiar, y no configurada ninguna de las excepciones de la ley 25.713, corresponde condenar a los demandados —por aplicación del principio del esfuerzo compartido— a pagar a la acreedora 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 en el mercado libre de cambio, tipo vendedor, del día en que corresponda efectuar el pago, salvo que la utilización del coeficiente de estabilización de referencia arroje un resultado superior. (de la sentencia de la Corte según la doctrina sentada en “Pesadori, María Teresa” fallada el 22 de abril de 2008, a la cual remite)”. Cita Online: AR/JUR/4280/2008.

¹⁷ “Tratándose de un mutuo afectado por la legislación de emergencia —ley 25.561, decreto 214/2002 (Adla, LXII-A, 44; LXII-A, 117) y normas complementarias—, por un valor que excede los U\$S 250.000, garantizado con hipoteca sobre un inmueble que no reviste el carácter de vivienda única, permanente y familiar, y no configurada ninguna de las excepciones de la ley 25.713 (Adla, LXIII-A, 50), corresponde convertir a pesos el capital reclamado en moneda extranjera a razón de un peso por dólar estadounidense más el 50% de la brecha existente entre un peso y la cotización de la mencionada divisa en el mercado libre de cambio —tipo vendedor— al día de pago, salvo que la utilización del coeficiente de actualización previsto en las normas de excepción arroje un resultado superior, más una tasa de interés del 7,5% anual, no capitalizable, entre moratorios y punitivos, desde la fecha en que se produjo la mora y hasta el efectivo pago”. Fallos Corte: 330:5345. Cita Online: AR/JUR/8090/2007

¹⁸ “Si se trata de un mutuo afectado por la legislación de emergencia —ley 25.561, decreto 214/2002 (Adla, LXII-A, 44; LXII-A, 117) y normas complementarias—, por un valor que excede los U\$S 250.000, garantizado con hipoteca sobre un inmueble que no reviste el carácter de vivienda única, permanente y familiar, y no configurada ninguna de las excepciones de la ley 25.713 (Adla, LXIII-A, 50), corresponde convertir a pesos el capital reclamado en moneda extranjera a razón de un peso por dólar estadounidense más el 50% de la brecha existente entre un peso y la cotización de la mencionada divisa en el mercado libre de cambio —tipo vendedor— al día de pago, más una tasa de interés del 7,5% anual, no capitalizable, entre moratorios y punitivos, desde la fecha en que se produjo la mora y hasta el

"Alliati, Daniel Alberto c. González, Manuel" del 27/05/2009¹⁹, "Macellari, Jorge Roberto c. La Venecia de Res Hermanos S.R.L. y otros" del 09/12/2009²⁰, "Cooperativa de Viv. Créd. y Cons. Proa Ltda. c. Pugliese, María Cristina" 01/12/2009²¹, "Laurenzano, Mario c. Grinstein, Roberto Ángel y otros" del 01/12/2009²², "López, Walter Daniel c. Molaguero, María del Carmen y otro" del 01/12/2009²³, Mammato, Juan c. Marazzita, Antonio del 01/12/2009²⁴, "García,

efectivo pago (De la sentencia de la Corte según la doctrina sentada en "Longobardi", 18/12/2007 —LA LEY 15/02/2008, 7—, a la cual remite)". Cita Online: AR/JUR/64426/2009.

¹⁹ "Tratándose de cuestiones sustancialmente análogas a las resueltas por la Corte Suprema en la causa "Longobardi", corresponde convertir a pesos el capital reclamado en moneda extranjera a razón de un peso por dólar estadounidense más el 50% de la brecha existente entre un peso y la cotización de la mencionada divisa en el mercado libre de cambio —tipo vendedor— al día de pago —si bien no corresponde admitir la salvedad a que se refiere el mencionado precedente en cuanto a la aplicación del coeficiente de actualización previsto en las normas de emergencia económica, pues dicha previsión no fue incluida en la sentencia apelada y ésta ha sido sólo recurrida por el demandado—, más una tasa de interés del 7,5% anual, no capitalizable, entre moratorios y punitivos, desde la fecha en que se produjo la mora y hasta el efectivo pago. (De la sentencia de la Corte, según la doctrina sentada en la causa "Longobardi", 2007/12/18, —DJ 09/01/2008, 57 - LA LEY 15/02/2008, 15/02/2008, 7 - LA LEY 25/02/2008, 9, con nota de Alejandro Drucaroff Aguiar; LA LEY 2008-B, 43— a la cual, por mayoría, remite)". Cita Online: AR/JUR/13160/2009.

²⁰ "Tratándose de cuestiones sustancialmente análogas a las resueltas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Longobardi" —18/12/2007; LA LEY 2008-B, 43—, por aplicación del principio del esfuerzo compartido, corresponde que el importe de la deuda se convierta a pesos a razón de un peso por dólar estadounidense, más el 50% de la brecha que exista entre un peso y la cotización de la 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 Estabilización de Referencia —CER— arroje un resultado superior, con más una tasa de interés del 7,5% anual, no capitalizable, entre moratorios y punitivos, desde la fecha de la mora hasta la de su efectivo pago, no pudiendo ese importe ser mayor al que resulte de lo decidido por el a quo, en tanto la sentencia sólo ha sido apelada por la ejecutada". Cita Online: AR/JUR/65121/2009.

²¹ "Tratándose de cuestiones sustancialmente análogas a las resueltas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Longobardi" —18/12/2007; LA LEY 2008-B, 43—, por aplicación del principio del esfuerzo compartido, corresponde que el importe de la deuda se convierta a pesos a razón de un peso por dólar estadounidense, más el 50% de la brecha que exista entre un peso y la cotización de la 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 Estabilización de Referencia —CER— arroje un resultado superior, con más una tasa de interés del 7,5% anual, no capitalizable, entre moratorios y punitivos, desde la fecha de la mora hasta la de su efectivo pago, no pudiendo ese importe ser mayor al que resulte de lo decidido por el a quo, en tanto la sentencia sólo ha sido apelada por la ejecutada". Cita Online: AR/JUR/63732/2009.

²² "Si se trata de un mutuo afectado por la legislación de emergencia —ley 25.561, decreto 214/2002 (Adla, LXII-A, 44; LXII-A, 117) y normas complementarias—, por un valor que excede los U\$S 250.000, garantizado con hipoteca sobre un inmueble que no reviste el carácter de vivienda única, permanente y familiar, y no configurada ninguna de las excepciones de la ley 25.713 (Adla, LXIII-A, 50), corresponde convertir a pesos el capital reclamado en moneda extranjera a razón de un peso por dólar estadounidense más el 50% de la brecha existente entre un peso y la cotización de la mencionada divisa en el mercado libre de cambio —tipo vendedor— al día de pago, más una tasa de interés del 7,5% anual, no capitalizable, entre moratorios y punitivos, desde la fecha en que se produjo la mora y hasta el efectivo pago (De la sentencia de la Corte según la doctrina sentada en "Longobardi", 18/12/2007 —LA LEY 15/02/2008, 7—, a la cual remite)". Cita Online: AR/JUR/64396/2009.

²³ Cita Online: AR/JUR/64399/2009.

²⁴ Cita Online: AR/JUR/64405/2009

José c. Motta, Ricardo y otro” del 09/12/2009²⁵, “Ruberto, Guillermo Miguel c. Levame, Juan y otros” del 09/11/2010²⁶, sentencias en las que se estableció el criterio aplicable a las ejecuciones de mutuos hipotecarios celebrados entre particulares en divisa extranjera por valores superiores a los \$ 250.000, en las que la pesificación se dispuso *“a razón de un peso por dólar estadounidense más el 50% de la brecha existente entre un peso y la cotización de la mencionada divisa en el mercado libre de cambio —tipo vendedor— al día de pago”*.

- g) “Picapau S.R.L.” del 20/08/2008²⁷, referido a la pesificación del importe en moneda extranjera de un crédito, superior a los cuatrocientos mil dólares, disponiéndose que a los efectos de su verificación debía convertirse a pesos 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 en el mercado libre de cambio.
- h) “Fecred S.A. c. Mazzei, Osvaldo s/ Ejec. Hipotecaria”, del 06/05/2008²⁸, sentencia en la que la pesificación de un mutuo hipotecario superior a U\$S

²⁵ “Dados los cambios económicos producidos a partir del dictado de las leyes de emergencia, para determinar el monto de la obligación derivada de un mutuo hipotecario por un valor que excede los U\$S 250.000, y no configurándose ninguna de las excepciones de la ley 25.713 (Adla, LXIII-A, 50), 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, lo cual implica, asimismo, dar un paso más en el proceso de homogeneización de las decisiones judiciales para situaciones análogas 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 (de la sentencia de la Corte, según la doctrina sentada en “Longobardi”, 18/12/2007 -La Ley 2008-B, 43- a la cual remite)”. Cita Online: AR/JUR/65090/2009.

²⁶ “Toda vez que las cuestiones planteadas referentes al alcance e interpretación de las normas de emergencia económica resultan sustancialmente análogas, en lo pertinente, a las resueltas por la Corte Suprema en “Longobardi” —Fallos: 330:5345—, corresponde condenar a la demandada, por aplicación del principio del esfuerzo compartido, a pagar a la acreedora la suma que resulte de transformar a pesos el capital reclamado en moneda extranjera, en concepto de quintales de soja, 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, solución que será válida siempre y cuando la utilización del coeficiente de estabilización de referencia no arroje un resultado superior, con más una tasa de interés del 7,5% anual, no capitalizable, entre moratorios y punitivos, desde la fecha en que se produjo la mora y hasta la del efectivo pago”. Cita Online: AR/JUR/69837/2010.

²⁷ “El importe en moneda extranjera de un crédito —en el caso, por más de cuatrocientos mil dólares—, a los efectos de su verificación, debe convertirse a pesos 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 en el mercado libre de cambio, salvo que la utilización del coeficiente de actualización previsto en las normas de emergencia arroje un resultado superior”. Publicado en: DJ05/11/2008, 1911 - DJ2008-II, 1911 - IMP2008-23 (Diciembre), 2047 Cita Online: AR/JUR/8563/2008

²⁸ “Tratándose de la ejecución de un mutuo hipotecario -ajeno al sistema financiero- sobre vivienda única, familiar y de ocupación permanente, superior a U\$S 100.000 e inferior a los U\$S 250.000, cabe condenar al demandado -por aplicación del esfuerzo compartido- a pagar a la acreedora la suma que resulte de transformar el capital a razón de un peso por dólar estadounidense más el 40% de la brecha existente entre un peso y la cotización de la mencionada divisa en el mercado libre de cambio -tipo vendedor- del día en que corresponda efectuar el pago, con más una tasa de interés del 7,5% anual entre moratorios y punitivos desde la fecha en que se produjo la mora y hasta la del efectivo pago, salvo que la utilización del sistema de ajuste previsto en el art. 4° de la ley 25.713 (Adla, LXIII-A, 50) arroje un

100.000 e inferior a los U\$S 250.000 se dispuso realizarla a razón de un peso por dólar estadounidense más el 40% de la brecha existente entre un peso y la cotización de la mencionada divisa en el mercado libre de cambio.

En base a estos diferentes criterios según los casos, fueron resueltos numerosas situaciones similares no solo por la Corte Suprema, sino también por los tribunales inferiores en sentencias que se remitieron a los precedentes antes mencionados. Es relevante el criterio de la Corte Suprema en cuanto a que en función de las circunstancias dispuso que la pesificación debía realizarse aplicando porcentajes variables en la brecha entre el peso a la cotización oficial y la del mercado libre de cambio.

A los numerosos y diversos pronunciamientos de la Corte Suprema mencionados, se agrega la sentencia dictada en la causa “Mexicana de Aviación S.A. de CV c. Estado Nacional - Ministerio Defensa”, en la que se discutió la legalidad de fijar en dólares estadounidenses las tasas por servicios aeroportuarios prestados para los vuelos internacionales²⁹. La Corte se pronunció a favor de dicho criterio, a pesar de lo dispuesto en la Ley 25.561. En tal sentido señaló: “11) *Que, no obsta a lo expuesto las previsiones del art. 8º de la ley 25.561. En este sentido, es menester recordar que los acontecimientos políticos, sociales y económicos que dieron lugar a una de las crisis más graves en la historia contemporánea de nuestro país, constituyen hechos públicos y notorios que fueron reconocidos por el Tribunal en oportunidad de pronunciarse en Fallos: 327:4495; 328:690 y 329:5913. Tales acontecimientos condujeron a que el 6 de enero de 2002 el Congreso de la Nación sancionara la ley 25.561 y declarara la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria. En ese marco dispuso que a partir de la sanción de la norma “...en los contratos celebrados por la Administración Pública bajo normas de derecho público, comprendidos entre ellos los de obras y servicios públicos, quedan sin efecto las cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras y las cláusulas indexatorias basadas en índices de precios de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio. Los precios y tarifas resultantes de dichas cláusulas, quedan establecidos en pesos a la relación de cambio UN PESO (\$ 1) = UN DOLAR ESTADOUNIDENSE (U\$S 1)...”*. Al respecto la Corte entendió que las particularidades de las tarifas aeroportuarias hacían que las mismas no estuvieran alcanzadas por las regulaciones de la Ley 25.561 y sus reglamentaciones, “*pues los precios y tarifas que abonan a la concesionaria las aeronaves comerciales que realizan vuelos internacionales presentan características propias, relacionadas con la actividad aerocomercial internacional, lo que permite descartar que el legislador hubiese pretendido incluirlas en las disposiciones del art. 8º de la ley 25.561*”.

resultado superior”. LEY 20/05/2008, 7 IMP 2008-11 (Junio), 999 DJ 04/06/2008, 327 DJ 2008-II, 327 ED, 4Sup. Const. 2008 (julio), 21 con nota de Emilio A. Ibarlucía JA 2008-II supl., 65 JA 2008-II, 559 LA LEY 2008-D, 274 con nota de Emilio A. Ibarlucía ED 228, 158 • AR/JUR/1231/2008.

²⁹ LA LEY 10/09/2008, 10/09/2008, 11 - Sup. Adm.2008 (octubre), 48 – IMP 2008-23 (Diciembre), 2013 - ED, 7; DJ31/12/2008, 2513 - DJ2008-II, 2513 - LA LEY2008-F, 341 - Cita Online: AR/JUR/6095/2008.



ABOGADOS

El referido criterio fue reiterado por la Corte Suprema en la causa “Líneas Aéreas Costarricenses SA - LACSA c. EN – M° Defensa - FAA - dto. 577/02” del 18/08/2009³⁰.

En base a esta jurisprudencia, Badeni ha destacado la necesidad de considerar las circunstancias de cada caso por sus particularidades frente al carácter extraordinario que tuvo la pesificación, sosteniendo incluso que los *“jueces deben resolver tales casos atendiendo a las circunstancias fácticas existente al tiempo del fallo judicial, y no tan sólo a las que existieron al ser promovida la acción”*³¹.

En síntesis, la Corte Suprema advirtió la necesidad de efectuar la pesificación considerando las particularidades de cada situación, según sus circunstancias y características. Así resulta de la jurisprudencia mencionada, que corrigió la paridad cambiaria establecida legalmente, aplicando diferentes porcentajes entre el tipo de cambio oficial y la cotización libre del dólar, según se indicó en cada una de las sentencias que hemos mencionado.

5. Un primer caso. La redeterminación del canon de la Cuarta Línea de Transmisión del Corredor Comahüe-Buenos Aires.

En la búsqueda de algún antecedente relacionado con la materia bajo examen, es posible encontrar que en oportunidad de la redeterminación del canon de la Cuarta Línea de Transmisión del Corredor Comahüe-Buenos Aires luego de su pesificación, fue necesario fijar el criterio a seguir a tal efecto respecto de la base de la inversión realizada, considerada como base de capital. La redeterminación fue dispuesta mediante la Resolución ENRE N° 653/08. Esta última contó con los Memorándums emitidos por el Área de Análisis Regulatorios y Estudios Especiales del ENRE N° 2365/03 y 778/08.

Este precedente es importante por varias razones.

En primer término se trata de la metodología aplicada por el propio ENRE para determinar la base de capital de una ampliación del corredor de transmisión Comahüe – Buenos Aires, que forma parte del sistema de transporte de energía eléctrica en alta tensión, respecto del cual el ENRE se encuentra fijando la nueva remuneración por el servicio público a prestar mediante dichas instalaciones.

Además, ese criterio fue reiterado por el ENRE en las diversas resoluciones dictadas a los fines del ajuste del canon de las ampliaciones del sistema de transporte de energía eléctrica que tuvieron lugar luego de su pesificación. Los ajustes fueron encuadrados en el art. 11° de la Ley 25.561 y en el Decreto 214/02 arts. 4° y 8°, procediéndose a su pesificación, a la aplicación del CER y el posterior ajuste equitativo. Así fue dispuesto en las Resoluciones ENRE N° 458/16, 504/16, 505/16, 551/16, entre otras, que fueron emitidas siguiendo el criterio coincidente de la Secretaría de Energía de la Nota de

³⁰ Cita Fallos Corte: 332:1952. Cita Online: AR/JUR/25988/2009.

³¹ Badeni, Gregorio: “Emergencia económica y Estado de Derecho”, LA LEY 2007-A, 1039 – Derecho Constitucional – Doctrinas Esenciales Tomo IV, 01/01/2008, 193.

Entrada N° 70.457 compartido por la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Economía de la Nación³².

Cabe señalar la importancia que el precedente y la práctica administrativa tienen como fuente del derecho administrativo. El precedente implica la resolución sustantiva de la Administración sobre cuestiones sometidas a ella, generadora de derechos e intereses para los particulares³³. Es la toma de decisiones para solucionar un conflicto que la administración conoce, implicando por lo tanto una declaración de voluntad sobre una cuestión sometida a su consideración de un órgano o ente administrativo³⁴.

Son varios los fundamentos que avalan la importancia del precedente, como criterio que legitima la conducta posterior de la Administración: la garantía de igualdad, el principio de seguridad jurídica, la buena fe y la legalidad o juridicidad³⁵.

Por otra parte, en el caso se configuran los requisitos que en general se exigen para el seguimiento del precedente: se trata del mismo órgano administrativo que lo emitió; existe identidad de objetos, en cuanto a la situación considerada –la remuneración del sistema de transporte de energía eléctrica–; y no existen razones que justifiquen el apartamiento del precedente.

Consideramos importante destacar que el citado precedente tuvo lugar entre los mismos sujetos: el ENRE y TRANSENER³⁶. Ello hace aplicable la teoría de los actos propios³⁷, que establece la vinculación de la Administración con el precedente administrativo, y las reglas que hacen a la confianza legítima en la relación de la Administración con los particulares³⁸.

La Procuración del Tesoro de la Nación ha destacado la importancia del precedente, al señalar que *“el principio de juridicidad que requiere la sujeción de la Administración al ordenamiento jurídico exige el respeto de los precedentes administrativos en la medida en que en su seguimiento esté comprometida la garantía de la igualdad”*³⁹.

Ante la ausencia de precedentes específicos sobre la materia bajo examen, lo expuesto hace, a nuestro criterio, que el precedente pueda ser considerado a los fines de la pesificación de la base de capital de TRANSENER y de TRANSBA que debe realizarse para la determinación de la remuneración que tendrá lugar a través de la RTI.

³² Citado en la Resolución ENRE N° 458/2016.

³³ Ortiz Díaz, José: “El precedente administrativo”, Revista de la Administración Pública N° 24, Madrid, 1957.

³⁴ Matilla Correa, Andy: “La costumbre en el sistema de fuentes de derecho administrativo cubano”, RAP n° 298, p. 36.

³⁵ Villarruel, María Susana: “El precedente administrativo” en Estudios de Derecho Administrativo en Homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira, págs. 84/86, Instituto de Derecho Administrativo, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 2009.

³⁶ Por ser TRANSENER el accionista mayoritario (90%) de TRANSBA, el precedente es también invocable por esta última.

³⁷ Marial Héctor A.: La doctrina de los actos propios y la Administración Pública” Buenos Aires, Depalma, 1997.

³⁸ Coviello, Pedro: La protección de la confianza del administrado. Derecho Argentino y Derecho Comparado, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004.

³⁹ Dictámenes 245: 422, 245: 508, 248: 364, 248: 546, 253: 38 y 253: 45.

6. **La doctrina de la Corte Suprema en la causa "Pluspetrol Energy S.A. c/ ENRE".**

Mediante el contrato COM celebrado el 24 de agosto de 1999 por Pluspetrol Energy S.A. y Central Térmica Güemes -en calidad de comitentes- con Transener S.A. -en calidad de contratista-, tuvo lugar la ampliación del sistema de transporte de energía eléctrica en alta tensión a través de la construcción de un banco de capacitores serie completo en la EETT Recreo. El canon en dólares estadounidenses fue alcanzado por la pesificación, lo cual dio lugar a redeterminación dispuesta mediante las Resoluciones ENRE N° 458/02, 504/02 y 505/02.

Si bien el contrato COM fue celebrado entre partes privadas, no siendo un contrato administrativo, el dictamen de la Procuradora General que formó parte de la sentencia de la Corte Suprema señaló:

En segundo lugar, tiene particular relevancia para el sub iudice, recordar que el art. 16 de la resolución SE 137/92 dispone que "las instalaciones de la transportista independiente se consideran parte integrante del sistema de transporte al que sirven".

De las normas antes reseñadas surge que las ampliaciones de transporte de energía eléctrica están afectadas al servicio público de transporte y se ejecutan para cumplir una finalidad que resulta de innegable carácter público.

Si bien esta modalidad contractual no sería, propiamente, una concesión estatal otorgada a un particular, pues las convenciones son celebradas entre empresas privadas y solventadas por los beneficiarios particulares, cierto es que afectan el servicio público dado en concesión por el Estado Nacional. De allí que son realizadas bajo un sistema de concurso público, sometidas a principios regulatorios de transparencia, no discriminación, requisitos técnicos de construcción, operación y prestación del servicio, todo ello bajo el control del Estado.

Las cuestiones a las que acabo de hacer referencia son propias del ámbito dentro del cual tiene vigencia el derecho público, pero ello, claro está, no quiere decir que todo convenio que suscriba el concesionario constituya un acuerdo regido por esta rama del derecho. Justamente lo que parece ponerse de manifiesto en el ordenamiento jurídico, a través de esta modalidad excepcional y atípica de contratos, es el esquema institucional que el marco regulatorio del sector eléctrico prevé para permitir la expansión de la infraestructura necesaria para mejorar la prestación del servicio concesionado, mediante el aumento de la capacidad de transporte de energía eléctrica, para que dicho servicio no se altere o se deje de prestar por el simple hecho de que el titular de la concesión, dado su carácter monopolístico, no pueda invertir para ejecutarla él mismo.

Desde esta óptica, entiendo que la Administración Pública no es absolutamente ajena a los contratos COM, sino que, por el contrario, tiene un papel destacado antes, durante y después de la incorporación de esta nueva infraestructura al sistema de transporte de energía eléctrica. En efecto, tal como se dijo, estos convenios son formalizados a través de un concurso público, sometidos a

principios regulatorios de transparencia, no discriminación, requisitos técnicos de construcción, operación y prestación del servicio, todo ello bajo el control del Estado, que lejos de desentenderse de un contrato celebrado entre particulares participa activamente en la relación, en miras a la mejor prestación del servicio público en cuestión. Tampoco debe perderse de vista la ingerencia de este último en la conformación, administración y control de los fondos SALEX que son afectados al pago del canon complementario para cubrir el monto de la obra de ampliación de transporte.

A lo expuesto agregó:

De las cláusulas transcriptas resulta indudable que concurren elementos de carácter público en el convenio celebrado por Pluspetrol S.A. y Transener S.A. y que las normas de ese carácter prevalecen sobre las del derecho privado. En tales condiciones, no puede sino admitirse que en lo esencial, las relaciones entre el comitente -en este caso los solicitantes- y el ejecutor de la obra, se encuentran sustancialmente regidas por el derecho público, no sólo por las cláusulas que remiten a las normas de tal naturaleza y el carácter público que se persigue en la construcción de la obra, sino también porque debe, de modo necesario, tenerse en cuenta la posición que se reserva el ENRE lo que no hace sino confirmar la incidencia del derecho público sobre la relación entre las partes que suscribieron el contrato COM.

Las consideraciones expuestas en relación a los aspectos comunes de los contratos COM con las concesiones para la prestación de servicios públicos, dadas por el Estado Nacional, hacen que en nuestra opinión los criterios seguidos en la pesificación del canon de las ampliaciones del sistema de transporte de energía eléctrica pueden ser considerados como precedentes importantes para fijar la metodología a aplicar para la pesificación de la base de capital de Transener SA para la fijación de la remuneración que debe realizarse a través de la RTI.

7. La renegociación, el ajuste equitativo, la teoría de la aplicación y el concepto de tarifas justas y razonables.

Los antecedentes normativos, jurisprudenciales y doctrinarios indican que la pesificación debe efectuarse conforme la relación del tipo de cambio establecido en las normas, con el ajuste que resulte de la renegociación, acuerdo de partes o de la determinación que dispongan las autoridades administrativas y judiciales competentes.

A los fines de la pesificación de la base de capital de TRANSENER y de TRANSBA, deben ser considerados los alcances de la renegociación que se lleva a cabo a través de la RTI, y de los principios que hacen a la renegociación, al ajuste equitativo, la teoría de la imprevisión y de tarifas justas y razonables.

La renegociación que se lleva a cabo a través de la RTI: es el acuerdo al que se debe llegar previsto en la Ley 25.561 para corregir las distorsiones que en los contratos de concesión tuvo la pesificación y el fin de la convertibilidad, que en los casos de TRANSENER y de TRANSBA debe culminar con la fijación de la nueva remuneración. Esta última debe cumplir con los criterios del capítulo X de la Ley 25.561, que establecen la exigencia de brindar ingresos suficientes para satisfacer los

costos operativos razonables aplicables al servicio, impuestos, amortizaciones y una tasa de retorno razonable, y las pautas acordadas en las Actas Acuerdo UNIREN.

El reajuste equitativo: se trata de una modalidad para la recomposición de los contratos, sujetos tanto a normas de derecho público como de derecho privado, para recomponer las relaciones alteradas por circunstancias ajenas a la voluntad y responsabilidad de las partes. Se trata de una figura con carácter general recepcionada en el derecho argentino con la incorporación de la teoría de la imprevisión en el código civil. El reajuste equitativo procura recomponer la equivalencia entre el precio y el valor de las prestaciones, bajo un criterio de justicia que permita dar a cada uno lo suyo. Procura restablecer el equilibrio conforme a una solución razonable.

La teoría de la imprevisión: enfrenta hechos que por su índole son idénticos a los constitutivos de caso fortuito o fuerza mayor. Sólo difiere en que mientras estos impiden absolutamente el cumplimiento de la obligación, aquellos otros no lo impiden pero hacen a la ejecución debida, excesivamente onerosa para el deudor⁴⁰. La teoría de la imprevisión en los contratos administrativos constituye el medio que la ciencia jurídica proporciona precisamente para que ante circunstancias extraordinarias e imprevisibles -posteriores a la celebración de un contrato administrativo- pero temporarias o transitorias, que alteran la ecuación económico financiera de un contrato, deteriorando dicha ecuación en perjuicio del co-contratante, éste pueda requerir la ayuda pecuniaria del Estado para obviar esa situación crítica y poder, así, cumplir o seguir cumpliendo el contrato⁴¹. Su aplicación en los contratos administrativos es admitida por la doctrina⁴² y la jurisprudencia⁴³.

Las tarifas justas y razonables: la RTI debe permitir que la remuneración del servicio público de transporte de energía eléctrica vuelva a sus cauces normales, que se vieran alterados por la Ley 25.561. Ello significa encuadrarlos nuevamente en los parámetros de la Ley 24.065 y en las previsiones del contrato de concesión. Allí se establece que la remuneración debe ser justa y razonable, concepto que debe reunir la remuneración a ser fijada por el ENRE. Conforme las previsiones normativas, las “tarifas justas y razonables” requieren determinar un valor que responda económicamente el valor económico de las prestaciones a remunerar. Conforme resulta de los diversos pronunciamientos de la Corte Suprema⁴⁴, las tarifas resultan justas y razonables en tanto sean equivalente con los costos del servicio y la ganancia que debe asignarse a toda actividad económica.

⁴⁰ Llambías, Jorge Joaquín: “Tratado de derecho civil – Obligaciones” volumen I, n° 214, Abeledo Perrot, séptima edición actualizada, 2012.

⁴¹ Pozo Gowland, Héctor: “La Recomposición de los Contratos Administrativos en la Ley de Reforma del Estado” LA LEY 1990-A, 902

⁴² Cassagne, Juan Carlos: “El contrato administrativo” p. 97, Abeledo Perrot, 3ª edición, Buenos Aires, 2009; Aberastury, Pedro: “La redeterminación de precios en el contrato administrativo” en Tratado General de los Contratos Públicos, tomo III, capítulo octavo, La Ley, 2013; Ymaz Cossio, Esteban Ramón: “Redeterminación de precios y teoría de la imprevisión”

⁴³ CAMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL. Dunco S.A. c/ B.N.A. s/ Cobro de Pesos, 1/4/1993.

⁴⁴ Sacristán, Estela: “El concepto de tarifa justa y razonable” El Derecho Administrativo 00/01-510 [2000].



ABOGADOS


8. Criterios para la pesificación de la Base de Capital de TRANSENER.

En función de las consideraciones y de los antecedentes expuestos consideramos que la pesificación de la base de capital de TRANSENER y de TRANSBA, cuyos valores fueran establecidos en dólares estadounidenses, debe efectuarse teniendo en cuenta los siguientes criterios:

- a. En principio, todo lo atinente al contrato de concesión de TRANSENER y de TRANSBA en lo que respecta a la Ley 25.561 corresponde encuadrarlo en su art. 8°.
- b. La determinación de la base de capital forma parte de la renegociación del contrato de concesión, conforme el art. 9° de la Ley 25.561. Dicha renegociación fue iniciada con las Actas Acuerdo UNIREN y culminará con la RTI allí prevista, de la cual resultará la nueva remuneración.
- c. La pesificación de la base de capital debe efectuarse mediante la aplicación de un determinado tipo de cambio, con los ajustes equitativos que resulten de la renegociación, que en el caso de TRANSENER y de TRANSBA se está realizando a través de la RTI.
- d. Si bien la Ley 25.561 en el art. 8° prevé la “*relación de cambio UN PESO (\$ 1) = UN DOLAR ESTADOUNIDENSE (US\$ 1)*”, el tipo de cambio aplicable debe resultar de la renegociación que se está realizando. En este sentido, la Corte Suprema ha establecido la necesidad de aplicar tipos de cambio diferentes según cada caso, considerando además la razonabilidad del resultado que se obtiene. Así resulta de la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema.
- e. En función de lo expuesto la Corte Suprema ha aplicado diversos porcentajes dentro de la brecha existente entre un peso y la cotización del mercado libre, en porcentajes variables según las circunstancias para obtener un resultado equitativo y razonable.
- f. Las ampliaciones del sistema de transporte de energía eléctrica registran antecedentes de redeterminaciones de precios a los fines de su pesificación, que tienen un valor importante como precedentes a considerar.
- g. El resultado que se obtenga luego de la pesificación y la redeterminación deberá cumplir con las exigencias de tarifas justas y razonables previsto en la Ley 24.065.

Quedamos a disposición.

Atentamente,



Héctor Pozo Gowland