

BIANCHI GALARCE & CASTRO VIDELA

Abogados

MEMORÁNDUM

Para: Compañía de Transporte de Energía Eléctrica en Alta Tensión
Transener S.A. (TRANSENER)
Empresa de Transporte de Energía Eléctrica por Distribución
Troncal de la Provincia de Buenos Aires Transba SA (TRANSBA).
At. Dr. Mariano Palacios

De Dra. Estela B. Sacristán - es@bgcv.com.ar
Dr. Alberto B. Bianchi - ab@bgcv.com.ar

Asunto: Criterios jurídicos que deben ser empleados para determinar la
paridad entre el dólar y el peso a efectos de pesificar la base de
capital regulatoria en la RTI

Fecha: 7 de Noviembre de 2016.

Índice

I. Objeto.....	2
II. La bases establecidas en la Resolución ENRE 524/2016	2
III. Los criterios que pueden ser empleados para establecer la paridad peso/dólar a fin de pesificar la BCR	4
A. 1º criterio: aplicar el artículo 8 de la Ley 25.561	4
B. 2º criterio: aplicar el valor alcanzado por el ENRE en redeterminación del canon de la IV Línea.....	7
C. 3º criterio: aplicar el valor de mercado promedio en 2002	9
D. 4º criterio: aplicar el artículo 2 del Decreto 214/2002.....	9
E. 4º criterio: aplicar la doctrina del sacrificio compartido previsto en el artículo 11 de la Ley 25.561	10
IV. Fundamentos jurídicos, regulatorios y financieros del 4º criterio	11
A. Fundamentos jurídicos.....	11
i. La aplicación al caso de la doctrina del esfuerzo compartido	11
ii. La fecha en que se toma la cotización del dólar.....	13
iii. La reducción del 50% sobre la diferencia entre la paridad 1 US\$ = 1 AR\$ y la que resulte de tal cotización	14
B. Fundamentos regulatorios	14
C. Fundamentos financieros.....	18
V. Conclusiones	18

I. OBJETO

1. La Compañía de Transporte de Energía Eléctrica en Alta Tensión Transener S.A. (TRANSENER) y la Empresa de Transporte de Energía Eléctrica por Distribución Troncal de la Provincia de Buenos Aires (TRANSBA) requieren nuestra opinión legal acerca de cuál debe ser el criterio que, aunando conceptos jurídicos, financieros y regulatorios, resulte más adecuado para establecer la relación entre el peso (AR\$) y el dólar de los Estados Unidos (US\$) a fin de convertir a pesos (pesificar) la base de capital regulatoria (en adelante "BCR") que debe ser presentada en la revisión integral de tarifas (en adelante "RTI").

II. LA BASES ESTABLECIDAS EN LA RESOLUCIÓN ENRE 524/2016

2. El Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE), por medio de la Resolución N° 524 de fecha 28 de septiembre de 2016¹ (en adelante Resolución ENRE 524/2016), aprobó el Programa a aplicar para la RTI del Transporte de Energía Eléctrica en el año 2016, que comprende a las empresas transportistas de energía eléctrica, entre ellas a TRANSENER y TRANSBA.
3. En el punto A del Anexo de la Resolución ENRE 524/2016 se desarrollan los criterios y la metodología que deben ser aplicados para el proceso de la RTI, y en el apartado 4 figura la "Base de Capital" en los siguientes términos:

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.*

¹ Publicada en el B.O. el 29-09-2016.

- *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.*
4. Del texto arriba transcripto, surgen las siguientes pautas que deben ser tenidas en cuenta:
- i. la determinación de la base de capital se hará sobre una valuación a costo histórico;
 - ii. para las transportistas que tuvieron revisión tarifaria (tal es el caso de TRANSENER y TRANSBA), dicha metodología implica que el valor del activo regulado inicial será la base de capital establecida en la última revisión tarifaria;
 - iii. a dicho valor se le adicionarán anualmente las inversiones realizadas *a posteriori*, descontando los montos correspondientes a bajas y amortizaciones;
 - iv. la base será actualizada según la evolución de índices oficiales representativos de la estructura de los bienes considerados; y
 - v. la valuación se efectuará en moneda nacional.
5. En el caso de TRANSENER, la valuación de la base de capital se hizo en dólares de los Estados Unidos en la revisión tarifaria llevada a cabo en 1998, estando vigente la paridad 1 US\$ = 1 AR\$ establecida en la Ley 23.928. Recordemos que por aquel entonces las tarifas estaban dolarizadas y el ENRE empleó un costo de capital en esa moneda para la determinación de los ingresos requeridos. En el caso de TRANSBA, no existió revisión tarifaria alguna; pero su base de capital también era en dólares estadounidenses en virtud del valor inicial de la concesión, bajo la ley 23.928.
6. Sin embargo:
- i. esta paridad legal fue derogada por la Ley 25.561;
 - ii. no existe actualmente ninguna paridad legal entre el peso y el dólar;
 - iii. la Resolución ENRE 524/2016 no establece ningún criterio para establecer dicha paridad;

7. Como resultado de ello, es preciso determinar el criterio que resulte más adecuado, tanto jurídica como regulatoria y financieramente, para fijar la paridad entre el peso y el dólar a fin de pesificar la BCR, teniendo en cuenta la valuación a costo histórico y tomando, como valor del activo inicial, la base de capital establecida en la última revisión tarifaria.

III. LOS CRITERIOS QUE PUEDEN SER EMPLEADOS PARA ESTABLECER LA PARIDAD PESO/DÓLAR A FIN DE PESIFICAR LA BCR

8. A nuestro juicio los criterios que pueden emplearse para establecer la paridad peso/dólar a fin de pesificar la BCR, son los siguientes:
 - i. aplicar el artículo 8 de la Ley 25.561;
 - ii. aplicar el valor del tipo de cambio alcanzado por el ENRE al momento de redeterminar el canon de la IV Línea;
 - iii. aplicar el valor de mercado promedio en 2002;
 - iv. aplicar el artículo 2 del Decreto 214/2002;
 - v. aplicar las pautas del “esfuerzo compartido” derivado de la teoría de la imprevisión contemplada en el artículo 11 de la ley 25.561.

A. 1º criterio: aplicar el artículo 8 de la Ley 25.561

9. El primero y más elemental criterio para resolver esta cuestión es aplicar el artículo 8 de la Ley 25.561 según el cual:

“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 (US\$ 1)”.

10. Aplicando lisa y llanamente esta norma, la pesificación de la BCR debería llevarse a cabo a una paridad de 1 US\$ = 1 AR\$.
11. Este criterio es el piso mínimo para la valuación en pesos de la BCR.
12. Sin embargo, además de las obvias desventajas económicas que este criterio presenta para TRANSENER y TRANSBA, entendemos que no resulta aplicable, en el caso, el artículo 8 de la ley 25.561, ya que (a) esta norma no regula específicamente la cuestión y (b) tratándose de una disposición legal restrictiva

de derechos, no puede ser aplicada analógicamente, según lo establecen en forma reiterada las reglas de hermenéutica jurídica de la Corte Suprema.

13. En relación con lo primero, debe tenerse en cuenta que la relación 1 US\$ = 1 AR\$ impuesta por el artículo 8 de la Ley 25.561 sólo se refiere a "precios y tarifas", de modo tal que no hay razón alguna para extenderla fuera de ese limitado ámbito a tenor del texto de la norma. Dicho de otro modo, no existe un mandato legal expreso que imponga la obligación de aplicarla extensivamente a un supuesto distinto; tal el de la valuación de la BCR.
14. En relación con lo segundo, tampoco podría sostenerse que la obligación legal de aplicar este criterio se halla "implícita" en los términos del artículo 8 de la Ley 25.561, pues siendo dicho artículo una norma restrictiva de derechos, no puede ser aplicada fuera de sus estrictos y restringidos límites.
15. Son numerosos los casos en los cuales la Corte Suprema ha sostenido, como regla de hermenéutica, que las leyes restrictivas de derechos no son de aplicación extensiva a situaciones no contempladas por ellas. Así, se ha establecido que:
 - La interpretación del último párrafo del art. 54 de la ley 13.064, que excluye la posibilidad de reclamo de los gastos improductivos que el contratista probare haber tenido como consecuencia de la rescisión del contrato, cuando ésta hubiera obedecido a razones de caso fortuito o fuerza mayor, no puede ser extendido a aquellos gastos improductivos experimentados con anterioridad.²
 - El criterio de la inaplicabilidad en el ámbito de las Fuerzas Armadas y de Seguridad de los requisitos de admisión de la acción contencioso administrativa previstos en la ley 19.549, no varía aun cuando el decreto 9101/72 fue derogado por el 722/96 (modificado éste por el decreto 1155/97), puesto que la aplicación supletoria de la ley 19.549 citada a los procedimientos especiales no podía ser extendida a disposiciones restrictivas de derechos.³
 - Los requisitos de admisibilidad de la acción contencioso administrativa previstos en la ley 19.549 no son aplicables en el ámbito de las fuerzas armadas y de seguridad, criterio que no varía aun cuando el decreto 9101/72 fue derogado por el 722/96 (modificado éste por el decreto 1155/97), puesto que la aplicación supletoria de la ley 19.549 a los procedimientos especiales no puede ser extendida a disposiciones restrictivas de derechos.⁴

² *Benito Roggio e Hijos S.A. y otro c/ E. N. Agua y Energía Eléctrica S. E.*, B. 865. XLVI. (14/05/2013).

³ *Rossi c/ Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía Federal*, Fallos 331-765 (2008).

⁴ *Abregu c/ Estado Nacional - Ministerio del Interior*, Fallos 331-415 (2008); *Bone c/ Estado Nacional - Ministerio del Interior*, Fallos 331-144 (2008); *Daus c/ Ministerio del Interior*, Fallos 329-2886 (2006).

- El silencio o la omisión en una materia que, como la impositiva, requiere ser restrictivamente aplicada, no debe ser suplido por la vía de la interpretación analógica.⁵
- Corresponde dejar sin efecto la sentencia que confirmó la resolución de la Comisión Nacional de Valores que aplicó una multa a los integrantes de la Comisión Fiscalizadora de una sociedad, ya que, al no ser el síndico sujeto pasivo de la sanción en la ley vigente al tiempo en que se configuraron las conductas sancionables (art. 10 de la ley 17.811 en su redacción originaria), no podía el ente hacer aplicación analógica o extensiva de la ley.⁶
- No cabe efectuar una interpretación extensiva o analógica del art. 1º de la ley 20.680 porque un criterio hermenéutico más amplio, que entienda comprendido a los diarios y periódicos de información general en la mentada norma, chocaría también con la letra del art. 32 de la Constitución Nacional, porque importaría, en los hechos, una verdadera restricción de la libertad de imprenta.⁷
- Las leyes de carácter excepcional que restringen, por causas de emergencia, derechos amparados por la Constitución Nacional, deben ser interpretadas en forma estricta.⁸
- La interpretación analógica restrictiva de un derecho social -en el caso, previsional- contraría la hermenéutica de las leyes que surge del objetivo preeminente de promover el bienestar general que la Constitución se propone obtener para todos los habitantes. El reajuste de la jubilación regida por el art. 2º de la Ordenanza Municipal N° 14.702, en el caso de quien desempeñaba el cargo de Asesor Letrado en lo Administrativo de la Dirección General de Asuntos Legales de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, debe realizarse anualmente teniendo en cuenta los honorarios percibidos por el abogado que se desempeña en el cargo que ejerció el interesado. No cabe admitir que, por vía de una interpretación analógica restrictiva, se aplique el criterio previsto por aquel texto para las remuneraciones establecidas sobre la base de comisiones.⁹
- El principio de que las leyes restrictivas de los derechos o que imponen penalidades son de aplicación estricta, no se ha establecido en contra de los particulares, para castigarlos por hechos o actos que escapan a los términos de la ley, sino en su favor y para impedir que la autoridad restrinja la órbita de licitud de aquéllos y afecte sus derechos más allá de lo que ha previsto.¹⁰

⁵ *Nación Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones S.A. c/ Provincia de Santiago del Estero*, Fallos 329-59 (2006); *Corporación de Transportes de la Ciudad de Buenos Aires c/ Casaux de Benedi*, Fallos 209-87 (1947).

⁶ *Cía. Argentina del Sud S.A. s/ verificación contable*, Fallos 317-1770 (1994).

⁷ *La Prensa Sociedad Anónima*, Fallos 310-1715 (1987).

⁸ *Enrique L Arancibia Clavel*, Fallos 302-973 (1980); *Frigorífico Angeloni, S.R.L.*, Fallos: 264-334 (1966); *Beltrán Velázquez c/ Vallejo Sáenz*, Fallos 255-119 (1963).

⁹ *Miguel Angel Berçaitz (conjueces)* Fallos 289-430 (1974).

¹⁰ *Mario Razeto*, Fallos 238-410 (1957).

- No es procedente la interpretación analógica respecto de un régimen de excepción con sanciones penales.¹¹
- El art. 8 de la ley 48 no contempla los casos en que el demandado lo sea como cesionario; sólo se refiere a cambios en la persona de los acreedores, o sea de los demandantes, y no puede ser extendido por analogía a aquellas situaciones, por tratarse de una limitación al fuero y ser de interpretación restrictiva.¹²
- Para dejar establecido que por la ley de expropiación número 189 no se exige de parte del expropiado la fijación del precio e indemnización bajo pena de darle por aceptada la oferta del expropiante, basta, además del exámen de las garantías que consagran sus artículos 9, 10 y 11, considerar que ella es de excepción, limitativa del principio de inviolabilidad de la propiedad y de privilegio en favor del Estado y personas jurídicas autorizadas a expropiar, carácter que lleva a la conclusión que debe ser aplicada con carácter restrictivo.¹³
- El art. 2617, Código Civil ("El propietario de edificios no puede dividirlos horizontalmente entre varios dueños, ni por contrato, ni por actos de última voluntad") debe interpretarse restrictivamente por ser una limitación al ejercicio de un derecho.¹⁴

B. 2º criterio: aplicar el valor alcanzado por el ENRE en redeterminación del canon de la IV Línea

16. De acuerdo con lo que surge del informe económico presentado por MACROCONSULTING que se ha tenido a la vista, las pautas económicas aplicadas por el propio ENRE para fijar el canon del Contrato de Construcción Operación y Mantenimiento de la llamada "IV Línea" (en adelante Contrato COM-IV Línea) indican que la paridad peso/dólar fue establecida allí a razón de 1 US\$ = 2,40 AR\$, aproximadamente.
17. ¿Es adecuado emplear analógicamente esta paridad para pesificar la BCR?
18. Desde el punto de vista económico este criterio es, probablemente, uno de los más convenientes para TRANSENER y TRANSBA.
19. Asimismo, es indudable que la relación peso/dólar establecida para calcular la base de capital para redeterminar el canon de la IV Línea tiene -a juicio del ENRE- una indudable "razonabilidad económica", pues la misma (a) fue diseñada en el Memorándum AAREE/2365/03 del 23 de Mayo de 2003, (b) fue

¹¹ *Piñero c/ Nación*, Fallos 210-958 (1948).

¹² *Centro de Consignatarios de Productos del País c/ Ferrocarril del Sud*, Fallos 190-517 (1941).

¹³ *Compañía General de Ferrocarriles en la Provincia de Buenos Aires c/ Reid de Ackerley*, Fallos 122-284 (1915).

¹⁴ *Empresa Ferrocarril Central Argentino c/ Hall y otro*, Fallos 29-323 (1886).

aplicada originalmente en la Resolución ENRE 653/2008 y (c) se han mantenido hasta el presente en la Resolución ENRE 272/2015).

20. Sin embargo entendemos que el mismo no es sustentable en la RTI por dos órdenes de razones.
21. Primero, debemos recordar que la Resolución ENRE 524/2016 dispone que *“la determinación de la base de capital se hará sobre una valuación a costo histórico”* (ver la transcripción pertinente en el párrafo 3). Dado que la metodología diseñada por el ENRE para el Contrato COM-IV Línea es posterior al “costo histórico” en la medida en que fue diseñada en 2003 (Memorándum AAREE/2365/03) y aplicada originalmente en 2008 (Resolución ENRE 653/2008), es evidente que la paridad peso/dólar allí empleada refleja valores de fecha posterior a lo que puede entenderse por “costo histórico”, entendido éste como el costo al momento en que se produjo la pesificación.
22. Segundo, tampoco es recomendable invocar como antecedente el Contrato COM-IV Línea porque:
 - i. Si bien en ambos casos se valúa una base de capital, allí no se trataba de calcular la BCR de la compañía de cara a una RTI en un contrato de concesión de servicios públicos, sino de la redeterminación del canon en un Contrato COM;
 - ii. TRANSENER y TRANSBA son concesionarias en un contrato de concesión de servicio público de transporte eléctrico, en el que el Estado Nacional es concedente; y
 - iii. Sin perjuicio de los aspectos en común que tienen los Contratos COM con los contratos de concesión de servicios públicos, no puede dejar de destacarse que tanto el ENRE en el Memorándum AAREE/2365, como la Corte Suprema en el caso *Pluspetrol Energy S.A. c/ ENRE - Resolución 458/02*,¹⁵ han sostenido que los Contratos COM no son asimilables a los contratos de concesión de servicios públicos alcanzados por el artículo 8 de la Ley 25.561, como sí fue y es el caso de los contratos de transporte eléctrico de TRANSENER y TRANSBA.
23. El Memorándum AAREE/2365 dice expresamente:

“En cuanto al encuadre del canon de la Cuarta línea como una tarifa, cabe destacar que los contratos COM no deben ser considerados materia de renegociación y asimilables a los contratos de concesión de servicios públicos.”

¹⁵ [P.307.XLI] Fallos 330-2286 (2007).

En el art. 8 de la Ley 25.561 se ha excluido a este tipo de contratos, ya que la Administración no es parte, aun cuando la finalidad de dicha obra fuera la prestación de un servicio público.

Por otra parte, las características del contrato COM fueron establecidas por el Poder Ejecutivo Nacional, a través del Decreto 2743/92, y sus modificaciones, estando el comitente constituido por los solicitantes de una ampliación a la capacidad del sistema de transporte (obra a realizar) determinando que los mismos serán uno o más agentes del MEM que requieran una ampliación”.¹⁶

24. Por su lado, la Corte Suprema en el caso citado -remitiéndose al dictamen de la Procuración General de la Nación- sostuvo:

“el contrato COM suscripto entre Pluspetrol Energy S.A. y Central Térmica Güemes –en calidad de comitentes– con la compañía de transporte de energía de alta tensión Transener S.A. –en calidad de contratista– la Administración Pública no fue parte. Es así que no puede asignársele el carácter de contrato administrativo según la doctrina de V.E. (Fallos: 313:376, disidencia del señor ministro doctor Carlos S. Fayt; 316:212 y doctrina de Fallos: 315:1883) ya que, sin perjuicio de estar sustancialmente regido por el derecho público, desde el momento en que no fue celebrado por una persona jurídica estatal, carece del elemento subjetivo esencial que caracteriza a tales contratos”.¹⁷

C. 3º criterio: aplicar el valor de mercado promedio en 2002

25. Este criterio, que también puede ser muy conveniente para TRANSENER y TRANSBA desde un punto de vista económico, en tanto el valor del dólar de mercado promedio en 2002 fue de aproximadamente AR\$ 3,05, a nuestro juicio es jurídicamente objetable, pues no toma una fecha de pesificación a un momento determinado, indicado por una norma, sino que la “calcula” arbitrariamente en un determinado período.

D. 4º criterio: aplicar el artículo 2 del Decreto 214/2002

26. Esto implica que la pesificación de la BCR se hará a 1 US\$ = 1,40 AR\$. El artículo 2 del decreto 214/2002 establece:

“Todos los depósitos en DOLARES ESTADOUNIDENSES u otras monedas extranjeras existentes en el sistema financiero, serán convertidos a PESOS a razón de PESOS UNO CON CUARENTA CENTAVOS (\$ 1,40) por cada DÓLAR ESTADOUNIDENSE, o su equivalente en otra moneda extranjera”.

27. Desde el punto de vista económico, esta posición intermedia tampoco debería generar un rechazo en el ENRE, atento que la relación peso/dólar es

¹⁶ Ver punto 3 en pp. 6-7.

¹⁷ Ver punto VII, párrafo 8º.

significativamente inferior a la empleada para fijar el canon del Contrato COM-IV Línea.

28. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, este criterio tropieza con la dificultad de justificar por qué se emplea la relación peso/dólar, establecida para pesificar un tipo muy especial de relación jurídica, como fueron en su momento los depósitos en dólares u otras monedas extranjeras existentes en el sistema financiero. Por ello señalamos nuestra desconfianza en la aplicación del artículo 2 del Decreto 214/2002 pues la relación peso/dólar fue establecida allí, por el legislador, teniendo en cuenta una situación particular, cuyos efectos negativos para las entidades financieras fue compensado mediante la aplicación del derecho a la exportación de hidrocarburos, previsto en el artículo 6 de la ley 25.561.
29. Aun así, tal como veremos enseguida al analizar el cuarto criterio, que a nuestro juicio es el correcto, la paridad 1 US\$ = 1,40 AR\$ es la que parece más adecuada para calcular en pesos la BCR, bien que a esta cifra debe llegarse por un camino argumental legal diferente pero apropiado.

E. 4º criterio: aplicar la doctrina del sacrificio compartido previsto en el artículo 11 de la Ley 25.561

30. Del análisis anterior surge que no existe ninguna norma, ni precedente alguno, que permita establecer, con certeza, cuál es o debe ser la relación peso/dólar a los fines de pesificar la BCR.
31. Frente a esta orfandad en las normas aplicables, la solución del caso exige acudir a los principios generales del derecho pues así lo establece el artículo 2 del Código Civil y Comercial (CCyC), que prescribe:
- “[L]a ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.*
32. ¿Cuál es, entonces, el principio general del derecho al cual debe acudirse para establecer la paridad peso/dólar en el presente caso?
33. A nuestro juicio, el criterio jurídico más razonable en el caso es el “esfuerzo compartido”, porque:
- i. está expresamente mencionado en el artículo 11 de la ley 25.561 (“principio del esfuerzo compartido”);



- ii. tiene fundamento en la teoría de la imprevisión, que está expresamente mencionada en dicho art. 11 el cual invoca el art. 1198 del antiguo Código Civil;
 - iii. la sanción de la 25.561, para TRANSENER y TRANSBA fue un “hecho del príncipe”, que encuadra en la teoría de la imprevisión;
 - iv. la teoría de la imprevisión es aplicable a los contratos administrativos;
 - v. en el Memorándum AAREE/2365/03 (ver punto 1) el ENRE admite la readecuación equitativa de los contratos con fundamento en el artículo 11 de la Ley 25.561 y en el artículo 8 del Decreto 214/2002; y
 - vi. teniendo en cuenta que la RTI fijará tarifas que, finalmente, pagarán los usuarios del servicio, parece razonable sostener que esta determinación debe hacerse sobre la base del esfuerzo compartido entre TRANSENER y TRANSBA, y los sujetos pasivos de la obligación tarifaria.
34. Ahora bien ¿cómo debería establecerse, entonces, la relación peso/dólar para pesificar la BCR a partir de la sanción de la ley 25.561 sobre la base del esfuerzo compartido entre TRANSENER y TRANSBA, y los usuarios del servicio?
35. A nuestro entender, lo razonable es:
- i. tomar el valor de la divisa extranjera, según la cotización del Banco de la Nación Argentina (BNA) inmediata posterior a la fecha del Decreto 214/2002; y
 - ii. reducir en un 50% la diferencia entre la paridad 1 US\$ = 1 AR\$ y la que resulte de tal cotización.
36. Así, por ejemplo, si la cotización del dólar el 04-02-2002 (fecha de publicación del Decreto 214/2002 en el Boletín Oficial) hubiera sido de 1 US\$ = 2 AR\$, la pesificación de la BCR debería hacerse a 1US\$ = 1,50 AR\$.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS, REGULATORIOS Y FINANCIEROS DEL 4º CRITERIO

A. Fundamentos jurídicos

i. La aplicación al caso de la doctrina del esfuerzo compartido

37. En el capítulo anterior (ver párrafo 33) enunciamos las razones en virtud de las cuales, a nuestro juicio, es aplicable en el presente caso la doctrina del esfuerzo compartido.
38. La primera de esas razones es que esta doctrina esta específicamente mencionada en el artículo 11 de la Ley 25.561, el cual, en lo que aquí interesa, establece:

“El Poder Ejecutivo nacional queda facultado a dictar disposiciones aclaratorias y reglamentarias sobre situaciones específicas, [relativas a la pesificación] sustentadas en la doctrina del artículo 1198 del Código Civil y el principio del esfuerzo compartido”. Como puede verse, la norma habilita expresamente al Poder Ejecutivo a morigerar los efectos de la pesificación a la paridad 1 US\$ = 1 AR\$ dictando normas que la modifiquen en situaciones particulares.

39. Se trata de una disposición razonable, enmarcada en la teoría de la imprevisión tal como el propio artículo 11 establece, teoría ésta que, conforme la ha calificado la Corte Suprema, es una “construcción jurídica basada en la justicia”¹⁸, aplicable a todo tipo de contratos sin distinción; entre ellos, los contratos administrativos, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema.¹⁹
40. En el presente caso, en lo que a TRANSENER y TRANSBA se refiere, la teoría de la imprevisión, prevista actualmente en el artículo 1091 del CCyC, es plenamente aplicable pues la Ley 25.561 y el Decreto 214/2002 constituyeron típicos “hechos del príncipe” que modificaron profundamente las bases económicas del contrato de concesión del servicio de transporte eléctrico, contrato administrativo al cual le es aplicable esta doctrina.²⁰ De hecho, en el caso *Bustos c/ Estado Nacional*,²¹ la Corte Suprema calificó a las normas de emergencia como un “hecho del príncipe” (ver considerando 9º, párrafo 7).
41. ¿Puede aplicarse, entonces, la doctrina del “esfuerzo compartido”, para determinar la pesificación de la BCR? A nuestro juicio, la respuesta es afirmativa porque:
- no hay norma o principio alguno que vede la aplicación de esta doctrina a los contratos públicos;
 - la relación que une a TRANSENER y TRANSBA con los sujetos obligados al pago de las tarifas que éstas perciben no es contractual sino reglamentaria y, como tal, redundará en que el monto de la tarifa que aquéllos deben abonar emergerá necesariamente de la valuación de la BCR.

¹⁸ *Vialco S.A. c/ Agua y Energía Eléctrica*, Fallos 304-919 (1982).

¹⁹ *J.J. Chediak S.A. c/ Estado Nacional (Fuerza Aérea Argentina)*, Fallos 319-1681 (1996); *Sorsa S.A. c/ Provincia de Buenos Aires (Dirección de Vialidad)*, Fallos 312-1036 (1989); *Vialco S.A. c/ Agua y Energía Eléctrica*; Fallos 304-919 (1982); entre otros.

²⁰ Ver: MARIENHOFF, Miguel S.: *Tratado de Derecho administrativo*, 3ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, T. III-A, p. 480, § 767.


²¹ [B.139.XXXIX] Fallos 327-4495 (2004).

ii. La fecha en que se toma la cotización del dólar

42. Veamos ahora por qué, a nuestro juicio, corresponde tomar la cotización del dólar inmediata posterior a la fecha del Decreto 214/2002.
43. Entendemos que corresponde tomar esta fecha pues en esa oportunidad fueron pesificadas todas las obligaciones a tenor de lo prescripto en el art. 1 del Decreto 214/2002 (“...quedan transformadas a PESOS todas las obligaciones...”), sin distinción alguna, salvo aquellas obligaciones que, posteriormente, fueron “despesificadas” por medio de normas especiales.
44. Hasta ese momento, en lo que se refiere a los contratos celebrados por la Administración Pública bajo normas de derecho público, el artículo 8 de la Ley 25.561 sólo había pesificado los “precios y las tarifas”, norma que, como ya hemos explicado (ver párrafos 14 y 15) es de interpretación restrictiva. Por su lado, el artículo 11, en su redacción original anterior a la reforma introducida por la Ley 25.820 de diciembre de 2003,²² sólo había pesificado las obligaciones “*originadas en contratos celebrados entre particulares, sometidos a normas de derecho privado*”.
45. Fue el Decreto 214/2002 el que, en febrero de 2002, dispuso la pesificación de todas las obligaciones en forma general:

“A partir de la fecha del presente Decreto quedan transformadas a pesos todas las obligaciones de dar sumas de dinero, de cualquier causa u origen -judiciales o extrajudiciales- expresadas en dólares estadounidenses, u otras monedas extranjeras, existentes a la sanción de la Ley N° 25.561 y que no se encontrasen ya convertidas a pesos”.

46. A la luz de estas consideraciones, parece razonable sostener que la pesificación de la BCR se produjo con el Decreto 214/2002 por los amplios alcances del artículo 1 de éste y por no existir una norma especial “despesificante” de la BCR. Por ende, para llevar a cabo su valuación, debe tomarse el valor de cotización del dólar de esa fecha. No debería tomarse una fecha anterior ni posterior, ni tampoco la de un promedio de un período de tiempo específico pues, en todos los casos, se incurriría en un criterio arbitrario que tanto perjudicaría como beneficiaría a TRANSENER y TRANSBA, ocasionando un enriquecimiento sin causa a su favor, en perjuicios de los obligados al pago de la tarifa, o bien a favor de éstos en perjuicio de aquélla.



²² Publicada en el B.O. el 04-12-2003.

iii. La reducción del 50% sobre la diferencia entre la paridad 1 US\$ = 1 AR\$ y la que resulte de tal cotización

47. De lo dicho en los puntos anteriores surge que, en ausencia de otra pauta objetiva a la cual acudir, el “esfuerzo compartido” debe distribuirse repartiendo en partes iguales, entre TRANSENER y TRANSBA, y los sujetos pasivos de la obligación tarifaria, la diferencia de cotización del dólar entre la paridad 1 US\$ = 1 AR\$ y la que resulte de la cotización inmediata posterior a la fecha del Decreto 214/2002.
48. En consecuencia, entendemos que TRANSENER y TRANSBA deberán pesificar la BCR reduciendo en un 50% la diferencia que exista entre la paridad 1 US\$ = 1 AR\$ y la que resulte de la cotización del dólar inmediata posterior al 4 de febrero de 2002.

B. Fundamentos regulatorios

49. El cálculo arriba efectuado satisface, a nuestro juicio, los principios del marco regulatorio eléctrico, cuyo principio esencial en materia tarifaria es la rentabilidad razonable, aplicable -por lo demás- a todos los servicios públicos. La “rentabilidad razonable” sobre la BCR, para el caso de TRANSENER y TRANSBA, se halla consagrada en el art. 41 de la Ley 24.065, que prescribe:

“Las tarifas que apliquen los transportistas (...) deberán posibilitar una razonable tasa de rentabilidad (...)”.

50. Este principio general fue ratificado en el caso *Maruba S.C.A. c/ Estado Nacional*,²³ en el cual Corte Suprema sostuvo que “... aún cuando las tarifas no constituyen un precio único e inmutable para regir durante todo el tiempo de la concesión, el concesionario tiene derecho a reclamar la indemnización correspondiente en el caso que los nuevos precios alteren la ecuación económico financiera de la concesión”,²⁴ agregando que “un cierto menoscabo” en la tarifa no es indemnizable en tanto se mantenga la rentabilidad razonable de la misma.²⁵
51. Tal como veremos en § IV.C, conforme el criterio aquí propuesto la pesificación de la BCR debe hacerse a una paridad de 1 US\$ = 1,40 AR\$ que permite equilibrar, equitativa y razonablemente, los intereses de TRANSENER y TRANSBA, y los de sujetos pasivos de la obligación tarifaria dando como resultado -junto con otros conceptos- una tarifa justa y razonable.

²³ Fallos 321-1784 (1998).

²⁴ Fallos 321 en p. 1789-1790. Considerando 14º.

²⁵ Idem p. 1790, considerando 15º.

52. Recordemos, en primer lugar, que las tarifas que TRANSENER y TRANSBA perciben son máximas, pues así lo dispone el artículo 42, incs. b) y c), de la Ley 24.065 que establece:

“... b) Las tarifas subsiguientes [a las tarifas iniciales] establecerán el precio máximo que se fije para cada clase de servicios; c) El precio máximo será determinado por el ente de acuerdo con los indicadores de mercados que reflejen los cambios de valor de bienes y/o servicios. Dichos indicadores serán a su vez ajustados, en más o en menos, por un factor destinado a estimular la eficiencia y, al mismo tiempo, las inversiones en construcción, operación y mantenimiento de instalaciones; (...)”.

53. Naturalmente que la fijación de tarifas máximas –y una tarifa es una lista de precios²⁶– es a todas luces inadmisibile en el universo privado, donde los precios los fija el mercado²⁷. En cambio, en el caso de las concesionarias o licenciatarias de servicios públicos, la tarifas máximas se justifican –en lo substancial– por la situación de monopolio natural en la cual operan.
54. Asimismo, esas tarifas máximas deben “posibilitar una razonable tasa de rentabilidad”, conforme prescribe el art. 41 de la Ley 24.065. Ciertamente es que calcular una tasa de rentabilidad a partir de una base de capital –criterio que adquiere otras modalidades en el mundo del Derecho privado– es inevitable al momento de calcular los ingresos –por tarifa– que deben percibir las concesionarias o licenciatarias de servicios públicos. Ello, por la razón antes indicada, ya que la regulación apunta a simular que el monopolio opera en condiciones de mercado.
55. Como resultado de ello, el cálculo de la BCR constituye un punto neural a efectos de la ulterior fijación de las tarifas máximas, por tres razones:
- i. la valuación de la base integra la fórmula de cálculo de los requerimientos de ingresos del prestador. Así, los ingresos por tarifas serán iguales a los costos operativos, más las depreciaciones de la misma BCR más impuestos, con más la base multiplicada por la tasa de rentabilidad;
 - ii. “la tarifa que el regulador fije deberá contribuir a un requerimiento de ingresos de la firma igual a los costos operativos más una rentabilidad razonable con relación a la base”²⁸, lo cual no es sino aplicación del art. 40 de la Ley 24065, que establece que las tarifas del transportista

²⁶ BIANCHI, Alberto B., *La regulación económica*, Ábaco, Buenos Aires, 2001, t. I, p. 327; SACRISTÁN, Estela B., *Régimen de las tarifas de los servicios públicos*, Ábaco, Buenos Aires, 2007, p. 48; y citas allí efectuadas.

²⁷ DALLA VÍA, Alberto R., *Derecho constitucional económico*, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 535.

²⁸ Sacristán, Régimen de las tarifas de los servicios públicos, citado en nota 26, p. 231.

“[p]roveerán a los transportistas (...), la oportunidad de obtener ingresos suficientes para satisfacer los costos operativos razonables aplicables al servicio (...) y una tasa de retorno determinada conforme lo dispuesto en el artículo 41 de esta ley;”

- iii. una “razonable tasa de rentabilidad” o “razonable tasa de retorno” viene a operar como techo y como piso ante desproporciones originadas en ingresos inadecuados.
56. AVERCH y JOHNSON, en su clásico estudio, explican este fenómeno así: *“Al juzgar el nivel de los precios facturados por las empresas por los servicios sujetos al control estatal, las agencias reguladoras del gobierno comúnmente emplean un criterio de ‘justa tasa de retorno’: luego de que la firma resta sus gastos operativos del ingreso bruto, el ingreso neto resultante debería ser suficiente como para compensar a la firma por sus inversiones en planta y equipamientos.”*²⁹ Los ingresos por tarifas, por ende, serán razonables en tanto sea razonable la tasa de rentabilidad, v.gr., en tanto la tasa de rentabilidad cumpla con el artículo 41, de la Ley 24.065. Como la base integra la fórmula de cálculo de requerimientos de ingresos de TRANSENER, su fijación constituirá la labor más delicada a cargo de la autoridad regulatoria.³⁰
57. Tan importante es el componente de la base y su valuación, que dos leyes la previeron:
- i. la Ley 15336, en su art. 18, estableció que:

“[e]n las concesiones de servicio público de jurisdicción nacional (...), se establecerán especialmente: (...) 12. La forma de determinación del capital inicial. 13. El sistema de justiprecio de los bienes afectados a la concesión, cuando fuere necesario para determinar las tarifas, la utilidad del concesionario (...). 18. El régimen tarifario.(...)” ;
 - ii. la propia Ley 24.065, artículo 96, en una disposición dirigida a la privatización, (venta de las unidades empresarias con cuadros tarifarios ya aprobados), prescribió que:

“(...) la tasación previa se basará en el criterio de valuación que resulte del valor actual del flujo neto de fondos descontado, generado por la actividad o activo que se privatiza”.

Esta norma pone de manifiesto la importancia de la base y su estrecha relación con el cálculo de las tarifas.

²⁹ AVERCH, Harvey - JOHNSON, Leland L., “Behaviour of the Firm under Regulatory Constraint”, en *American Economic Review*, Vol. LII, N° 5, diciembre de 1962, pp. 1052-1069, esp. p. 1052.

³⁰ Sacristán, Régimen de las tarifas de los servicios públicos, citado en nota 26, p. 235.

58. De ambas determinaciones legislativas se desprende la trascendencia del renglón “valuación de la base”, así como su íntima relación con el renglón tarifario.
59. En función de lo dicho se pueden extraer dos conclusiones relevantes: (a) la fijación de la base incide en los requerimientos de ingresos por tarifas, y (b) si las tarifas son justas y razonables, lo serán, entre otras cosas, porque la base ha sido razonablemente fijada. En otras palabras, el cálculo irrazonable de la base de capital podría generar ingresos -por tarifas- desproporcionadamente elevados o desproporcionadamente bajos. A propósito de ello, podrá recordarse que tarifa razonable será la que, entre otras finalidades, “*asegure la prestación del servicio en condiciones regulares, con protección del usuario*”, tal como sostuvo la Corte en el caso *Maruba*, citado en el párrafo 50.³¹
60. ¿Cuál es entonces la relación entre “base razonablemente fijada” y la doctrina del “esfuerzo compartido” escogida en § IV.A.i como modo de valuación de la BCR?
61. Al respecto, la jurisprudencia sólo desecha valuaciones que hayan sido efectuadas sobre bases irrazonables³² o caprichosas³³ y en lo que específicamente se refiere al “esfuerzo compartido”, la Corte Suprema lo ha valorado positivamente a propósito del sacrificio de todos en oportunidad del bloque de medidas de emergencia de fines de 2001 y comienzos 2002.
62. En uno de los casos principales referidos a esta cuestión, el Tribunal señaló que:
- “Las normas imponen la necesidad de que todos soporten equitativamente las consecuencias de la emergencia de modo que nadie se beneficie con la crisis a expensas de otros (...)”*.³⁴
63. También se afirmó que:
- “la pesificación se presenta como razonable mientras el importe que se devuelva tenga el mismo o mayor poder adquisitivo que tenía el depósito originario, ya que ello no causa perjuicio alguno al acreedor”*.³⁵

³¹ Ver considerando 9º

³² *Schoo Devoto de Marino c/ Dirección Nacional de Vialidad*, [S.113.XLVII] Fallos 337-70 (2014).

³³ *Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c/ Fernández Chukri*, Fallos 277-180 (1970).

³⁴ *Bustos c/ Estado Nacional*, [B.139.XXXIX] Fallos 327-4495 (2004), voto de la Jueza Highton de Nolasco, considerando 29.

³⁵ *Bustos*, citado en nota anterior, voto de la mayoría, considerando 9º, párrafo quinto.

C. Fundamentos financieros

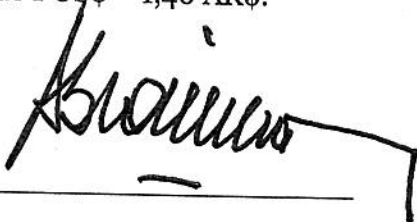
64. Según hemos podido comprobar, la cotización del dólar del día 4 de febrero de 2002 (fecha del Decreto 214/2002) fue de 1 US\$ = 1,80 AR\$,³⁶ cifra que, aplicada bajo las pautas del esfuerzo compartido desarrolladas en § IV.A.iii, arroja, como resultado, que la pesificación de la BCR debe hacerse a razón de 1 US\$ = 1,40 AR\$.
65. Nótese que esta paridad es exactamente la misma que la establecida por el artículo 2 del Decreto 214/2002 para la llamada “pesificación asimétrica” con que fueron devueltos en su momento los depósitos en dólares en el sistema financiero.
66. Si bien como dijimos anteriormente en § III.C, la citada norma no es aplicable en este caso, pues fue utilizada en su momento para pesificar un tipo muy específico de obligaciones del sistema financiero, es indudable que, desde el punto de vista financiero, el Poder Ejecutivo entendió que la paridad 1 US\$ = 1,40 AR\$ era razonable. Pues bien, dado que el cálculo de la BCR también es una operación financiera, cuya pesificación también se produjo con el dictado del Decreto 214/2002, la coincidencia entre ambas paridades indica que el método sugerido en § IV.A es razonable.

V. CONCLUSIONES

67. No existe una disposición legal expresa que establezca el criterio para determinar la paridad entre el dólar de los Estados Unidos y el peso a fin de pesificar la BCR.
68. Tampoco figura tal criterio en la Resolución ENRE 524/2016.
69. Este vacío normativo debe ser llenado con una interpretación razonable de las normas vigentes y los principios generales del derecho.
70. Esa interpretación razonable, a su vez, tiene que ser hábil a efectos de: (a) permitir satisfacer equitativa y razonablemente los intereses de ambas partes, es decir, TRANSENER y TRANSBA, y los usuarios y (b) permitir la ulterior fijación de tarifas justas y razonables.
71. El criterio equilibrado, para determinar la paridad entre el dólar de los Estados Unidos y el peso a fin de pesificar la BCR, se obtiene, a nuestro juicio, acudiendo al principio del “esfuerzo compartido”, previsto en el artículo 11 de la ley 25.561.

³⁶ Fuente: http://cadecac.org.ar/cotizaciones_historicas.php

72. El esfuerzo compartido, en el caso analizado, se concreta reduciendo en un 50% la diferencia entre paridad $1 \text{ US\$} = 1 \text{ AR\$}$ y la que resulte de la cotización del dólar del (BNA) en la fecha el Decreto 214/2002 en virtud de las razones apuntadas en el párrafo 35.
73. Conforme se ha podido comprobar, tal paridad, el día 4 de febrero de 2002, era de $1 \text{ US\$} = 1,80 \text{ AR\$}$; por ende, la pesificación de la BCR debería efectuarse a razón de $1 \text{ US\$} = 1,40 \text{ AR\$}$.



ALBERTO B. BIANCHI



ESTELA B. SACRISTÁN