



**Asesoría Jurídica ANEXO III**  
**Texto de los Fallos analizados**



**Caso I: SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN***Procuración General de la Nación***S U P R E M A C O R T E****- I -**

A fs. 363/368, la sala III de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata modificó el pronunciamiento de la instancia anterior y declaró inoponibles, a la Dirección de Vialidad de la Provincia de Buenos Aires (DVBA, en adelante), los arts. 17, 21 y 34 del contrato de concesión, suscripto entre el Estado Nacional y Empresa Distribuidora Sur S.A (seguidamente, Edesur S.A.) y aprobado por dec. 714/92. En consecuencia, ratificó la facultad de DVBA a percibir el arancel establecido en el art. 82, inc. a), del dec. provincial 922/73 (modificado por su similar 1170/82) y a exigir a la actora la renuncia de los derechos reconocidos por el art. 21 del citado convenio.

Para así resolver, sostuvo que el contrato de concesión -que forma parte integrante del dec. 714/92 como anexo IV- debió ser publicado en el Boletín Oficial como condición ineludible de eficacia, pues sus disposiciones producen efectos jurídicos frente a terceros y crean un particular sistema tributario en beneficio de la accionante, que excepciona el régimen general.

Añadió que no se ha probado que la futura erogación que deberá soportar EDESUR S.A., a consecuencia del traslado de sus instalaciones eléctricas requerido por DVBA, afecte o destruya el equilibrio pecuniario de la empresa, con alteración extraordinaria de la ecuación económica del contrato. Por esto, consideró que no existe óbice para la subsistencia del poder local de policía, dado que la solicitud no es de una entidad tal como para obstruir efectivamente, en forma directa o indirecta, la prestación de un servicio público nacional.

Por último, respecto del arancel fijado por el art. 82, inc. a), del dec. provincial 922/73, manifestó que la exención contenida en el art. 20 del dec. 714/92 no busca evitar el pago de todo tributo local, sino sólo de aquellos que incidan específicamente sobre la actividad de distribución de energía eléctrica. A su juicio, la gabela cuestionada no tiene como objeto imponible la actividad de la actora ni el uso del dominio público local sino que grava la expedición de un "permiso de obra", por lo que carece de incidencia directa sobre el desarrollo del servicio público protegido y queda -entonces- excluida de la franquicia en debate.

**- II -**

Disconforme, Edesur S.A. interpuso el recurso extraordinario de fs. 378/417, que fue concedido a fs. 437.

En primer término, planteó la arbitrariedad del decisorio pues, al expedirse sobre las consecuencias de la falta de publicación del contrato de concesión,

ha resuelto la contienda sobre la base de un argumento no invocado por las partes ni por el juez de primera instancia, en vulneración al principio de congruencia contenido en el art. 163, inc. 6°, del C.P.C.C.N.

Al mismo tiempo, esgrimió que el a quo ha desconocido la vigencia del art. 1° del dec. 15.209, del 12 de noviembre de 1959, el cual establece que las contrataciones se publicarán en forma sintetizada en el Boletín Oficial. Aseveró que la modalidad adoptada por dicho precepto asegura la adecuada divulgación y la necesidad de dar certeza de autenticidad al texto legal.

En lo referente a la restitución de los gastos de remoción, puntualizó que DVBA pretende -por vía de un convenio- desconocer el derecho a la estabilidad en el uso y ocupación del dominio público, que ha sido otorgado a la concesionaria por una norma federal de superior jerarquía a una disposición local. Agregó que ninguna circunstancia ha cambiado desde que V.E., en 1983, ratificara la constitucionalidad de aquel derecho al reintegro.

Por último, en orden al "arancel" fijado por el art. 82, inc. a), del dec. provincial 922/73, señaló que la solución adoptada amenaza no sólo la estabilidad tributaria del contrato de concesión sino también la coherencia y unidad en la reglamentación de un servicio público que se extiende a través de varias jurisdicciones, poniendo en riesgo su normal prestación.

### - III -

A mi modo de ver, el remedio federal es formalmente admisible, toda vez que se ha puesto en tela de juicio la validez e inteligencia de una norma federal (dec. 714/92 y sus anexos) y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que el recurrente ha sustentado en ellas (art. 14, incs. 1° y 3°, de la ley 48).

### - IV -

En primer lugar, cabe recordar que, por discutirse el contenido y alcance de normas de derecho federal, el Tribunal no se encuentra limitado por los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (Fallos: 319:2886; 320:1602; 323:1406, 1460 y 1656, entre muchos otros).

Sobre esta base, entiendo que corresponde examinar primero los agravios de la actora relativos a la oponibilidad a DVBA de los arts. 17, 21 y 34 del contrato de concesión, aprobado por dec. 714/92 e integrante del mismo (cfr. art. 9°).

Al respecto, considero que asiste razón a la recurrente, pues el requisito de publicidad del acto encuentra debido cumplimiento en las condiciones exigidas por el art. 1° del dec. 15.209/59, al especificarse la existencia de anexos sin publicar en el ejemplar del Boletín Oficial donde fue publicado el dec. 714/92, los

cuales podían ser consultados en la sede central de la Dirección Nacional del Registro Oficial que lo emite.

Con la verificación de este recaudo, pienso que se ha completado la satisfactoria divulgación y certeza sobre la existencia del convenio de concesión aprobado por el dec. 714/92, conforme al criterio ya adoptado por V.E. en Fallos 293:157, cuyas cláusulas, en consecuencia, son oponibles a la demandada desde su vigencia.

- V -

Sentado lo anterior, estimo que las cuestiones referidas a la subsistencia del poder local de policía, a la luz de lo dispuesto en los arts. 17, 21 y 34 del contrato de concesión, son sustancialmente análogas a la ya analizadas en Fallos: 304:1186 y 305:1847, a los cuales me remito en cuanto fueran aplicables al sub judice.

Por tales motivos, es mi opinión que el derecho resarcitorio establecido a favor de la actora en el contrato de concesión constituye una legítima pretensión de la empresa prestadora de un servicio público, para lo cual tuvo necesidad de ocupar territorio local, a percibir la compensación de los gastos que pueda ocasionarle la necesidad imperativa de tener que trasladar sus instalaciones por causa de una obra que la Provincia realiza, aspecto en el cual el caso también guarda similitud con el debatido en Fallos 301:292, en el que V.E. aclaró que la legítima potestad del poder público de efectuar sus servicios no excluye la obligación de compensar el daño causado.

En consecuencia, opino que DVBA no puede desconocer ni exigir a la actora la renuncia de los derechos reconocidos taxativamente por los arts. 17, 21 y 34 del contrato de concesión, como condición necesaria para el otorgamiento de permisos para realizar las obras requeridas para la prestación del servicio público de electricidad a su cargo.

- VI -

La actora también ha impugnado el arancel establecido en el art. 82, inc. a), del dec. provincial 922/73 (modificado por su similar 1170/82), con fundamento en la exención que le confiere el art. 21, segundo párrafo, inc. b), del dec. 714/92.

V.E. ha puntualizado que el dec. 714/92 encuentra apoyo -según sus considerandos- en las atribuciones conferidas al gobierno nacional por las leyes 14.722, 15.336 y 24.065. La sujeción a este marco legal y, más específicamente, al régimen fiscal consagrado en la ley 14.722 y sus normas complementarias, se expone en los considerandos del reglamento cuando recuerdan que el art. 5º de esa norma "determina como criterio de relación entre el poder local y el nacional el respeto de aquél en todo lo que sea compatible con la jurisdicción técnica y económica que

corresponde al Estado Nacional" (Fallos: 322:2624, cons. 5°).

El especial régimen tributario así fijado establece que las nuevas empresas, nacidas de la privatización del servicio, abonarán a la Provincia de Buenos Aires, en concepto de único impuesto y contribución, tanto de índole fiscal como en lo referente al uso del dominio público provincial, por sus actividades como prestatarias del servicio público de distribución y comercialización en la provincia, el seis por mil (6‰) de sus entradas brutas, recaudadas por las ventas de energía eléctrica en esa jurisdicción.

Tal régimen, como señaló V.E. en el precedente de Fallos: 322:2624, ya citado, se complementa con lo dispuesto por el art. 21, que excluye "las tasas retributivas por servicios o mejoras de orden local" que menciona a "título enunciativo", siguiendo el criterio sistemático de las normas anteriores. A su vez, dicho texto establece que "en cambio, por no ser tasas retributivas de servicios" EDESUR S.A. estará exenta del pago de gravámenes entre los cuales menciona, específicamente: "b) los derechos de edificación e inspección de obras nuevas o de ampliación".

En tales condiciones, es mi parecer que el específico arancel fijado en el art. 82, inc. a), del dec. provincial 922/73 -que debe abonarse en forma previa a la concesión del permiso para el comienzo de los trabajos a realizarse en los caminos públicos de la red provincial y que reconoce como causa las tareas de estudio e inspección que la Dirección Provincial de Vialidad realizará sobre aquellos trabajos (cfr. art. 82, in fine)- queda comprendido dentro del género "derechos de edificación e inspección de obras nuevas o de ampliación" que resultan eximidos -sin limitaciones- por el precepto federal en análisis.

No puede obviarse que, en materia de interpretación de las leyes impositivas, "se debe atender al fin con el que han sido dictadas, criterio de hermenéutica que, con el alcance más amplio, ha sido reiterado por esta Corte al señalar que es misión del intérprete indagar el verdadero sentido y alcance de la ley, mediante un examen atento y profundo de sus términos que consulte la realidad del precepto y la voluntad del legislador, como así también que, cualquiera que sea la índole de la norma, no hay método de interpretación mejor que el que tiene primordialmente en cuenta la finalidad de aquélla" (Fallos: 308:215, entre otros).

Asimismo, el Tribunal ha dejado sentado que, respecto de las normas que establecen exenciones, "no deben interpretarse con el alcance más restringido que el texto admite, sino, antes bien, en forma tal que el propósito de la ley se cumpla de acuerdo con los principios de una razonable y discreta interpretación, lo que vale tanto como admitir que las exenciones tributarias pueden resultar del indudable propósito de la norma y de su necesaria implicancia" (conf. Fallos: 296:253; 308:2554).

Bajo tales premisas, es claro -en mi entender- que la finalidad perseguida por el legislador al consagrar la franquicia en debate, ha sido liberar al concesionario de aquellas gabelas locales vinculadas con la obtención de los permisos

o autorizaciones necesarias, tanto para la construcción de nuevas instalaciones de servicios públicos de energía eléctrica ubicadas en el dominio público, como para el traslado, remoción o modificación de las existentes.

Y lo ha realizado con el mismo propósito que inspira la restitución de los gastos prevista en el art. 21 del Contrato de Concesión: evitar que la empresa que presta un servicio público nacional pueda ver comprometido su normal desenvolvimiento si, por las continuas traslaciones a las que pudiera quedar sujeta por los gobiernos provinciales y municipales, se la obligase a imprevisibles erogaciones en caso de no resultar obligatorio que los costos de los traslados no fuesen afrontados por los gobiernos causantes de los mismos (Fallos: 304:1186; 305:1847).

Contrariamente a lo sostenido por el a quo, considero que no está aquí en tela de juicio el poder de policía o de jurisdicción de las provincias en su propio ámbito; se trata si éstas pueden menoscabar o dificultar el ejercicio, por parte de la Nación, de los poderes que aquéllas delegaron en ésta para el logro de propósitos de interés general (doct. de Fallos: 297:236). Ciertamente es que, en tanto los poderes de las provincias son originarios e indefinidos (art. 121 de la Constitución Nacional) y los delegados a la Nación son definidos y expresos; pero no lo es menos que estos últimos no constituyen meras declaraciones teóricas, sino que necesariamente han de considerarse munidos de todos los medios y posibilidades de instrumentación indispensables para la consecución real y efectiva de los fines para los cuales se instituyeron tales poderes, en tanto éstos se usen conforme a los principios de su institución. De no ser así, aquellos poderes resultarían ilusorios y condenados al fracaso por las mismas provincias que los otorgaron.

De aquí que los poderes de policía locales no pueden amparar una conducta que interfiera en la satisfacción de un interés público nacional (Fallos: 263:437), ni justifiquen la prescindencia de la solidaridad requerida por el destino común de la Nación toda (Fallos: 257:159; 270:11). El sistema federal importa asignación de competencias a las jurisdicciones federal y provincial; ello no implica, por cierto, subordinación de los estados particulares al gobierno central, pero sí coordinación de esfuerzos y funciones dirigidos al bien común general, tarea en la que ambos han de colaborar para la consecución eficaz de aquel fin. No debe verse aquí enfrentamiento de poderes, sino unión de ellos, en vista de metas comunes (Fallos: 304:1186).

Bajo este aspecto, entiendo que la exención del art. 21, segundo párrafo, inc. b), del dec. 714/92, en cuanto alcanza al arancel establecido en el art. 82, inc. a), del dec. provincial 922/73, se muestra compatible con los principios señalados en los considerandos precedentes, habida cuenta que no importa sino la salvaguarda de la integridad de los poderes delegados y tiende a asegurar la eficacia de los medios necesarios para alcanzar los fines de aquéllos.

Por lo demás, advierto que la solución que se propicia respeta las facultades de policía locales en los caminos públicos que integran la red provincial, sin que la demandada haya alegado -y mucho menos probado- que el ejercicio de su

derecho quede impedido u obstaculizado por la limitación en el cobro del arancel. Por el contrario, habida cuenta del alcance de los poderes delegados desarrollado supra, el hacer frente a los gastos que irroge el ejercicio de sus propias atribuciones de policía no constituye sino la natural consecuencia del contenido de aquéllas y una razonable contribución al bien común general en cuanto hace a los servicios territoriales indivisibles, de los cuales participa y se beneficia la misma provincia (arg. Fallos: 304:1186, cons. 5°).

- VII -

Por lo expuesto, opino que debe revocarse la sentencia de fs. 363/368 en cuanto fue materia de recurso extraordinario. Buenos Aires, 1 de marzo de 2004. — Ricardo O. Bausset





*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Buenos Aires, 8 de agosto de 2006.

Vistos los autos: "Edesur S.A. c. Dirección de Vialidad de la Provincia de Bs. As. s/ acción meramente declarativa".

Considerando:

Que las cuestiones planteadas han sido adecuadamente consideradas en el dictamen del señor Procurador Fiscal subrogante, cuyos fundamentos son compartidos por esta Corte, y a los que corresponde remitirse a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal subrogante, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, se dicte una nueva sentencia de conformidad con los términos de la presente.

Notifíquese y remítase

ENRIQUE S. PETRACCHI

JUAN CARLOS MAQUEDA

CARMEN M. ARGIBAY

ELENA S. HIGHTON de LARRAZA

RICARDO LUIS LORENZETTI



**FALLO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

C. 2096. XXXIX.

Central Térmica Güemes S.A. c/ resolución 1650/98 ENRE (exp. 4689/98).

S u p r e m a C o r t e:

- I -

A fs. 732/745, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala IV) hizo lugar parcialmente al recurso interpuesto por Central Térmica Güemes S.A. y revocó el art. 1º de la resolución 1650/98 del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (en adelante ENRE) y su confirmatoria 660/99 de la Secretaría de Energía. A la vez, devolvió las actuaciones a dicho ente para que determinara lo que debía remunerarse a la Compañía de Transporte de Energía Eléctrica en Alta Tensión Transener Sociedad Anónima (en adelante Transener) por el segundo quinquenio de la concesión (1998-2003).

En lo que aquí importa, para así decidir, sus integrantes, al analizar los planteos formulados por Central Térmica Güemes sobre la incompetencia del ENRE para dictar la resolución 1650/98, entendieron, en primer lugar, que sólo estaba habilitado para fijar las bases del cálculo de las tarifas de los contratos de concesión, siempre que tales bases no hubieran sido establecidas en el contrato o cuando, habiendo estado determinadas, como en este caso, correspondía establecer las pautas para su revisión quinquenal. En segundo lugar, que no se presentaban en el sub lite las condiciones establecidas en el art. 46 de la ley 24.065 para que el ente efectuara una revisión total de la tarifa, al no haberse acreditado las circunstancias objetivas y justificadas que lo habilitan para ejercer tales facultades. Respecto del primer punto, sostuvieron que la autorización conferida al ENRE por el art. 56 inc. d) de la ley 24.065 para establecer las bases del cálculo de la tarifa no puede ir más allá de los términos del contrato de concesión, por lo que su ejercicio se limitaba a los cuatro rubros para los cuales había sido convocada la audiencia pública del 29 de mayo de 1998, es decir, para revisar la remuneración variable por energía transportada, el coeficiente de estímulo de eficiencia, el sistema de premios y la recategorización de las líneas.

Este criterio, dijeron, es el que mejor se concilia con la disposición del art. 46 de la ley, pues de admitirse que la potestad de establecer las bases tarifarias importara la posibilidad de una revisión total de la fórmula, carecería de sentido la existencia de este artículo, que, por lo demás, constituye una facultad reglada que sólo es viable cuando circunstancias objetivas y justificadas así lo determinen.

En esa línea de pensamiento, analizaron si se encontraban cumplidos tales presupuestos (las circunstancias objetivas y justificadas) para que el ente ejerciera las facultades que dicha norma le confiere. A tal fin, partieron de examinar la conformación de la tarifa del transporte de energía eléctrica en alta tensión y de cuáles fueron las obligaciones asumidas por la transportista de acuerdo con el régimen vigente.

Manifestaron, al respecto, que coincidían las partes en que el cuadro tarifario inicial estaba integrado por tres conceptos: (i) conexión, (ii) capacidad de transporte y (iii) remuneración por energía eléctrica transportada (en adelante RVT). Explicaron que, con arreglo a las modificaciones introducidas por la circular n°. 3 dictada por el Comité Privatizador, a raíz de las consultas efectuadas por los intervinientes en el concurso para la venta del 65% de las acciones de Transener -convalidadas por el decreto 1343/93-, se estableció que los valores asignados originalmente a las remuneraciones por capacidad y conexión no regirían por un "Período Tarifario" de cinco años, sino por el primer "Período de Gestión" que se extiende por quince años y representa tres períodos tarifarios.

Es decir, que los cargos primeros eran fijos por su naturaleza y ajustables en cada período de gestión (después de transcurridos los 15 años iniciales y, posteriormente, cada 10 años) -sin perjuicio de la actualización pactada-, a la vez que el restante era variable y ajustable cada período tarifario (5 años). Agregaron que la transportista no estaba obligada a hacer inversiones, pues su responsabilidad se limitaba a operar y mantener el servicio, dado que las ampliaciones de transporte tenían un régimen propio establecido en el contrato, consistente en un concurso público para su construcción y remuneradas durante el primer período de concesión con un canon fijo para cubrir el monto de la obra, generalmente por un lapso de diez o quince años.

Entendieron indudable, por otra parte, que la transportista estaba de acuerdo con los montos recibidos durante el primer quinquenio, pues ningún reclamo había efectuado acerca de ellos que le impidiera obtener una tasa razonable, al igual que había aceptado los componentes elegidos para remunerar tanto la operación y mantenimiento como los demás rubros, ya que cubrían adecuadamente los ítems contemplados en la ley como determinantes de la tarifa justa y razonable.

También recordaron que, aun cuando los arts. 42 y 43 de la ley 24.065 prevén la validez del cuadro tarifario por un período de cinco años, al cabo de los cuales el ente debe fijar nuevamente las tarifas y los arts. 1° del Anexo 16 de "Los Procedimientos" y 2° del Subanexo II-A del contrato de concesión, por los cuales la revisión de la RVT se efectúa quinquenalmente, con arreglo a los arts. 25 de tal contrato y el 1° del Subanexo II-A, los cargos fijos por conexión y por capacidad de transporte mantendrían los valores fijados en el Subanexo II-C, por el primer período de gestión, es decir por quince años.

En otras palabras, expresaron que la revisión quinquenal estaba prevista en la ley, en la reglamentación y en el contrato, pero a modo de excepción y, ante inquietudes de los participantes del procedimiento licitatorio de venta del 65% de las acciones de Transener se había establecido una particularidad en el contrato que no contrariaba lo dispuesto en la legislación, sino que creaba una forma particular de revisión como medio de dar una señal de mayor seguridad en el tiempo a los oferentes.

Por tal motivo, destacaron que la sociedad adjudicataria de las acciones de Transener conocía fehacientemente la remuneración por el transporte y la

base de cálculo de la tarifa, pues había tenido la oportunidad de hacer las observaciones que estimaba pertinentes y no las hizo, tal como lo demuestran las circulares dictadas por el Comité Privatizador ante pedidos de aclaraciones de los adquirentes del pliego.

Sobre la base de recordar que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión y la doctrina que exige a las partes un comportamiento coherente ajeno a los cambios de conductas perjudiciales, desestimando toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que -merced a sus actos anteriores se ha suscitado en el otro contratante-, entendieron que no era coherente la conducta de Transener, al sostener que la revisión de los cargos por conexión y capacidad de transporte después de transcurridos quince años contradecía disposiciones legales, ya que cuando tuvo oportunidad de efectuar objeciones a la modificación del pliego por la circular n°. 3 no las hizo, pese a que esa modificación había obedecido a la propia iniciativa de los participantes en el concurso.

Respecto del tercer componente de la tarifa, esto es la RVT, explicaron que consiste en ingresos variables que reflejan los costos marginales de operación a corto plazo de la transportista y surgen de la diferencia entre el valor de la energía pagada en el nodo receptor y el valor de la energía suministrada en el nodo de entrega cuando los precios entre ambos nodos se diferencian por el valor marginal de las pérdidas del transporte. Por ello, concluyeron que en el sistema de "price cup" adoptado en el contrato resultaba irrazonable fijar la RVT como lo hizo el Ente, pues la disminución en los ingresos de Transener por actividades reguladas surgió del mecanismo contractual que tenía en cuenta el precio de la energía en el mercado, modificado a instancias de los propios oferentes, el cual había sido conocido y conformado por ella.

Agregaron que dicho precio no había caído abruptamente al iniciarse el proceso de revisión tarifaria sino que había tenido fluctuaciones durante los cinco años primeros de concesión. Esa tendencia a la baja del precio de la energía fue la consecuencia directa de la ampliación del parque generador que, al haber sido liberado al mercado, atrajo importantes inversores. Por ello, enfatizaron, no podía la transportista desconocer que la apertura del mercado generador a la libre competencia constituía un factor que determinaría la baja del precio de la energía que, aunque no calculable exactamente, constituía el "riesgo" que ella asumía.

Además, puntualizaron que los costos de reposición de activos debían estar, como en todos los servicios públicos, a cargo del concesionario, ya que el concedente, cuando los tasó a los fines de la licitación lo hizo al valor de ese momento. Por ello, no cabe dudar acerca de que los adquirentes de Transener conocían que ninguna disposición contractual amparaba la reposición de los activos ya usados que se deberían operar por 95 años.

En esas condiciones, señalaron que no se encontraba acreditado que hubieran existido causas justificadas y razonables que autorizaran al ENRE a

obrar como lo hizo, pues la situación de la empresa al momento de la privatización no era un argumento idóneo para habilitar la instancia del art. 46, ya que nadie puede alegar su propia torpeza ni ponerse en contradicción con sus propios actos, como tampoco podría aducirse que un componente de la fórmula de cálculo de la remuneración ha vuelto a ésta irrazonable sobre la base de operaciones que no demuestran concretamente cuál sería la pérdida que sufriría el transportista de haberse seguido el criterio fijado en el contrato de concesión.

- II -

Contra tal pronunciamiento, el ENRE y Transener -citada en calidad de tercero- articularon los recursos extraordinarios de fs. 748/769 y fs. 773/810, respectivamente, que fueron concedidos por el a quo a fs. 840.

Recurso Extraordinario del ENRE:

Sostiene que el a quo incurrió en error al calificar de contractual la naturaleza jurídica de las disposiciones del Subanexo II del decreto 2743/92: (i) porque la fijación del Cuadro Tarifario correspondiente al segundo período es de carácter reglamentario y no contractual. Si se considerara que tiene este carácter sería contrario a lo dispuesto en el art. 42 de la Constitución Nacional, según el cual el Estado debe proveer a la protección de los intereses económicos de los usuarios y a la calidad y eficiencia de los servicios públicos, actividad que desarrolla por las prerrogativas propias de su naturaleza y no como consecuencia de haberlo así pactado con los particulares; (ii) porque de ese modo lo establece la ley 24.065, que dispone como función del Ente la de fijar las tarifas (arts. 42, incs. b) y c), 43, 44, 45, 48 y 56); (iii) porque así ha sido reconocido por la doctrina del Tribunal y de los superiores tribunales de provincia; (iv) por la ubicación de las disposiciones cuestionadas; (v) porque la autoridad que debe fijar los Cuadros Tarifarios no es el Estado Nacional concedente sino que es materia de definición del Ente Regulador; (vi) porque las tarifas tienen características reglamentarias toda vez que los Cuadros Tarifarios que aprueba la autoridad fija obligaciones y derechos no sólo para el concesionario sino para toda la población que utilice el servicio; (vii) porque el titular del servicio es el Estado; (viii) porque en la determinación de las tarifas influyen situaciones que exceden la conveniencia comercial y (ix) por la repercusión que su fijación tiene sobre determinadas políticas de Estado.

En cuanto a la competencia del Ente, entiende que la resolución 1650/98 no fue dictada, como dice el a quo, en ejercicio de las facultades del art. 46 de la ley 24.065 -que establece la posibilidad de los concesionarios de solicitar la modificación de las tarifas sobre la base de circunstancias objetivas y justificadas-, sino en las de revisión quinquenal prevista en su art. 42.

Recurso Extraordinario de Transener

Sostiene que la resolución 1650/98 es legítima no sólo porque fue dictada por el ENRE en virtud de las atribuciones encomendadas por la ley 24.065 de manera específica en cuanto a la redeterminación de las tarifas, sino también porque las circunstancias objetivas y justificadas hacían necesario introducir modificaciones

en los valores que resultaban de la renegociación llevada a cabo luego de transcurridos los primeros cinco años de la concesión. La reducción de las tarifas en términos reales producía la baja de la RVT -componente de la remuneración cuyo valor disminuía significativamente en razón del menor precio de la energía en el Mercado Eléctrico Mayorista (MEM), desvinculado de los costos del transporte de la electricidad-, lo cual hizo que las tarifas dejaran de ser justas y razonables, como expresamente lo establecen los arts. 40 y 41 de la ley 24.065. De esta manera, se daban por configuradas tales circunstancias objetivas y razonables para introducir las modificaciones a que hace referencia el art. 46 de dicha ley.

Además, señala que la competencia del ENRE para fijar las tarifas es obligatoria, ya que la legislación le impuso que su accionar debía sujetarse a las disposiciones de la ley 24.065, en cuanto establece -como un principio- la aplicación de tarifas justas y razonables. En este sentido, recuerda que, según el art. 3° de la ley 19.549, la competencia de los órganos es la que resulta de la ley y su ejercicio constituye una obligación. De acuerdo con lo expuesto, indica que tampoco puede olvidarse que la obligación que la ley impone al ENRE es la de sujetarse a los objetivos fijados por el art. 2° para la política nacional en materia eléctrica y a los principios tarifarios establecidos en los arts. 40 y 41 de la ley 24.065.

Enfatiza que nunca advirtió contradicción alguna entre el contrato y la ley, sino que, por el contrario, sostuvo que la ley 24.065 dispone, claramente, el derecho al mantenimiento y vigencia de las tarifas justas y razonables siempre que exista una actuación prudente, eficaz y eficiente del concesionario (arts. 40 y 41). Siempre que los valores de las tarifas pudieran resultar de las renegociaciones periódicas o por otras circunstancias objetivas y justificadas dejaran de ser justas y razonables, el art. 46 de la ley 24.065 y el contrato -por la remisión expresa que a dicha norma efectúa en el art. 38- establecieron el derecho de los usuarios y del prestador y la obligación del ENRE de introducir los cambios necesarios para el restablecimiento de la vigencia del citado principio en la remuneración aplicable.

Considera que es improcedente invocar el art. 56 inc. d) de la ley para limitar las atribuciones del ENRE para fijar las tarifas de conformidad a los contratos de concesión y hacer prevalecer las cláusulas de estos últimos, ya que en aquel inciso expresamente se dispone la obligación del organismo de "...controlar que las tarifas sean aplicadas de conformidad con las correspondientes concesiones y con las disposiciones de esta ley" (énfasis del original).

A su modo de ver, del análisis de la ley 23.696 y de su decreto reglamentario no surge que el Poder Ejecutivo Nacional haya tenido y, por tanto, podido ejercer facultades para determinar y revisar el cuadro tarifario, porque dicho órgano había llevado a cabo la "privatización" de Transener y para ello la ley 23.696 no le había otorgado facultades tarifarias, como sí lo hizo para la "concesión" de otros servicios públicos.

Entiende que la sentencia confunde el proceso de privatización - consistente en la venta del 65% de las acciones de Transener- con la concesión del

Servicio Público de Transporte de Energía Eléctrica en Alta Tensión, porque la "privatización" alcanzada por las disposiciones de las leyes 23.696 y 24.065 (art. 93) consistió en la formación de una unidad de negocios con los activos de SEGBA, Agua y Energía e Hidronor, que fueron transferidos a una sociedad anónima (Transener), cuyas acciones posteriormente fueron vendidas mediante una licitación pública. Explica que con motivo de la privatización, se suscribió un contrato de compraventa de acciones entre el Estado Nacional y Citelec S.A. -el accionista mayoritario de Transener- por el cual esta última adquirió el 65 % de las acciones de Transener.

Aclara que por el contrato celebrado, el Estado Nacional le entregó a Transener -persona jurídica distinta de Citelec S.A.- la concesión para la prestación del servicio público de transporte de energía eléctrica "en atención a lo dispuesto en las leyes 15.336 y 24.065", las cuales constituyen el marco legal sustancial bajo el cual debe interpretarse y llevarse a cabo la concesión.

Es decir, que en la sentencia se confundieron dos contratos con prestaciones y efectos complementarios distintos, celebrados entre sujetos diferentes, al emplear, para decidir sobre las tarifas, aspectos del contrato de transferencia de acciones de Transener firmado entre el Estado Nacional y Citelec S.A. Además, respecto de este último acuerdo, manifestó que el a quo había omitido analizar su art. 7 III, donde se dispuso claramente que "En caso de conflicto entre los términos de la Legislación Regulatoria, de la Concesión vigente, del Pliego y del Contrato (en referencia al contrato de compraventa de acciones), dichos textos prevalecerán en el orden citado".

Asevera que no se podrán analizar adecuadamente las circunstancias objetivas que habilitan el procedimiento previsto en el art. 46 de la ley 24.065, si ilegítimamente se niega la aplicación de las disposiciones de la ley que aseguran que las tarifas sean justas y razonables y las que establecen los conceptos que deben cubrirse con los ingresos que Transener debe recibir en concepto de tarifa.

Por último, puntualiza que si bien, para el primer período había percibido una tarifa justa y razonable, integrada en un 57% por el concepto de RVT, al preverse para el segundo la disminución en más del 44,44%, la nueva tarifa se habría visto reducida de \$ 104.082.550 a \$ 77.545.857, claramente insuficiente para cubrir los conceptos de costos de operación, impuestos, amortizaciones y tasa de retorno establecidos en el art. 40 de la ley 24.065, lo cual es más injusto aún si se toma en cuenta que no se ha acreditado una disminución de tales conceptos.

- III -

Ante todo, cabe recordar que la ley 25.561, denominada de Emergencia Pública y Régimen Cambiario, además de declarar la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, con arreglo a lo dispuesto en el art. 76 de la Constitución Nacional (art. 1º), autorizó al Poder Ejecutivo Nacional a renegociar los contratos celebrados por la Administración Pública -entre los que se incluyen expresamente los de obras y servicios públicos-, bajo ciertas condiciones (arts. 8º y 9º).



El 21 de febrero de 2005 fue publicada en el Boletín Oficial la resolución conjunta MEP 79 y MPFIPS 199, dictada el 17 de igual mes y año, por la cual se convocó a una audiencia pública para el 18 de marzo próximo pasado con el objeto de tratar, en el proceso de renegociación del contrato de concesión aquí analizado, los entendimientos entre Transener S.A. y la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos -órgano actuante en el ámbito de los Ministerios de Economía y Producción y de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios-. En cuanto es relevante para el sub iudice, el punto 13 del Anexo I de la citada resolución previó revisar integralmente la tarifa para fijar un nuevo régimen, de acuerdo a lo establecido en el Capítulo X "Tarifas" de la ley 24.065, su reglamentación, normas complementarias y conexas, a la vez que su punto 3 dispuso que las previsiones de tal acuerdo tendrían efecto por el período contractual comprendido entre el 6 de enero de 2002, hasta su finalización.

En tales condiciones y si bien, con arreglo a la doctrina de V.E. que determina que es necesario atender a las circunstancias existentes al momento de emitir el pronunciamiento (Fallos: 312:555; 315:123, entre muchos otros), podría considerarse que ha devenido inoficioso un pronunciamiento del Tribunal sobre las cuestiones propuestas en los recursos extraordinarios sub examine, estimo que tal efecto sólo puede atribuirse al período contractual que es objeto de renegociación, esto es desde el 6 de enero de 2002, no así por los años anteriores, en consecuencia, el criterio expuesto en el presente dictamen no se proyectará sobre la renegociación del contrato que se encuentra en trámite. Es con ese alcance que se emite esta opinión.

De ese modo también lo comprendió el a quo, al expresar que "...todo lo expuesto no puede considerarse abstracto en la medida en que cualquier renegociación del contrato de Transener S.A. debe partir como base de los valores a fijarse conforme los términos de este pronunciamiento y no con los establecidos en la resolución 1650/98 del ENRE para el segundo período tarifario comprendido entre 1998 y 2003. Lógicamente los efectos de esta sentencia quedarán limitados en el tiempo al momento de la sanción de la ley antes citada..." (confr. fs. 745 y fs. 772).

- IV -

Estimo que es conveniente tratar de manera conjunta los recursos extraordinarios deducidos por el ENRE y por la empresa citada en calidad de tercero, Transener. A mi modo de ver, ambos recursos son formalmente admisibles por hallarse en tela de juicio la inteligencia de la ley 24.065 y las cláusulas del contrato de concesión del servicio de transporte de energía eléctrica, que integran el marco regulatorio de carácter federal y la decisión del tribunal superior de la causa fue contrario al derecho que los apelantes fundaron en ellas (art. 14, inc. 3°, de la ley 48) (v. doctrina de sentencia de V.E. del 29 de abril de 2004, in re: E.368, L.XXXVIII "Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte S.A. c/ resolución N° 591/2000 - ENRE").

- V -

Es preciso resaltar que, "encontrándose en discusión el alcance que

cabe asignar a una norma de derecho federal, la Corte no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o de la cámara, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado" (Fallos: 311:2553; 314:529; 316:27; 321:861, entre muchos otros).

Adelanto que opino coincidentemente con lo resuelto por el a quo, y por ende, en sentido contrario a las pretensiones de los apelantes.

La cuestión federal en debate sólo exige -a mi entender- confrontar la resolución 1650/98 con las normas en cuyo marco ejerció sus atribuciones el ENRE y sobre las que basó su dictado (arts. 56 incs. a), b), f) y s); 40 a 49 y 2 de la ley 24.065).

Por estar así circunscripto el objeto del juicio, desde mi punto de vista no asiste razón a Transener en tanto sostiene que del análisis de la ley 23.696 y de su decreto reglamentario surge "...que el Poder Ejecutivo no tuvo, y por tanto, no pudo ejercer las facultades para determinar un cuadro tarifario y su modo de revisión, ya que el Poder Ejecutivo 'privatizó' a Transener y para la privatización, en la ley 23.696 no se le otorgaron facultades tarifarias" (v. fs. 788). Este argumento, que esgrime para descalificar la sentencia no puede prosperar a poco que se advierta que en el sub lite no es materia u objeto de discusión el origen de las atribuciones del Poder Ejecutivo ejercidas en el contrato, sino la verificación de que en el dictado de la resolución 1650/98 se haya cumplido con el ordenamiento jurídico vigente, esto es, la ley 24.065, que juntamente con las cláusulas del contrato de concesión del servicio de transporte de energía eléctrica integran el marco regulatorio eléctrico aplicable al sub lite (confr. acuerdo de fs. 686).

- VI -

Cabe recordar que el ENRE, mediante la resolución 1650/98 estableció nuevos valores por conexión que se aplicarían al segundo período tarifario (1998/2003), para lo cual modificó el punto 1.1. del Subanexo II-C del contrato de concesión celebrado entre el Estado Nacional y Transener (confr. art. 1º, fs. 146) y justificó tal acto en "...que lo dispuesto en el artículo 25 del Contrato de Concesión - en cuanto prevé que durante el primer período de gestión (15 años) las remuneraciones son las fijadas en el Subanexo II-C debe armonizarse con lo establecido en la Ley 24.065" (confr. fs. 145). En ese orden de ideas, es menester analizar el agravio de los apelantes en cuanto dicen que es improcedente que la Cámara, sobre la base de invocar el art. 56 inc. d) de la ley 24.065, haya limitado las atribuciones del ENRE para fijar las tarifas a lo estipulado en el contrato de concesión y que prevalezcan las cláusulas de este último, sin considerar la importancia que en la determinación de aquéllas tienen los arts. 40, 41, 42, 43 y 46 de la ley 24.065.

Una correcta hermenéutica del régimen aplicable al sub lite me lleva a confirmar el criterio de la Cámara. La ley 24.065 -sancionada el 19/12/91, promulgada el 03/01/92 y publicada en el B.O. el 16/01/92- establece en su art. 1º que el transporte de energía eléctrica es un servicio público. El art. 7 define a la transportista como aquella que "...siendo titular de una concesión de transporte de

energía eléctrica, otorgada bajo el régimen de la presente ley, es responsable de la transmisión y transformación a ésta vinculada, desde el punto de entrega de dicha energía por el generador, hasta el punto de recepción por el distribuidor o Gran Usuario, según el caso".

El art. 86, establece que "Las disposiciones de esta ley serán aplicables a quienes resulten adjudicatarios de concesiones de transporte o distribución, como consecuencia del proceso de privatización de Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires, Sociedad Anónima, Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado, e Hidroeléctrica Norpatagónica Sociedad Anónima". Por su parte, el art. 93 declara "...sujeta a privatización total las actividades de generación y transporte ... las que se registrarán en los términos de la Ley 23.696".

Aproximadamente un año después de su promulgación, el Poder Ejecutivo Nacional, mediante el decreto 2743 del 29 de diciembre de 1992 (publicado en el B.O. del 28/01/93), constituyó la Compañía de Transporte de Energía Eléctrica de Alta Tensión Transener Sociedad Anónima (art. 1º), a la cual otorgó, por el término de noventa y cinco (95) años, la concesión del servicio público de transporte de energía eléctrica en alta tensión entre regiones eléctricas, con tensiones iguales o superiores a doscientos veinte kilovoltios (220 kV) (art. 9º), de acuerdo a las condiciones establecidas en el contrato de concesión que aprobó e integró como Anexo II, a la vez que autorizó "...al señor secretario de Energía, a suscribir en nombre y representación del Poder Ejecutivo Nacional, el contrato de concesión que se aprueba en el párrafo precedente".

Del art. 24 del contrato aprobado que vincula al Estado Nacional con Transener S.A. (Anexo II) surge que la prestación del servicio público de que se trata será remunerada según el Subanexo II-A de dicho acuerdo. El art. 1º de tal Subanexo prescribe que la retribución de la concesionaria estará integrada por tres conceptos: (i) conexión; (ii) capacidad de transporte y (iii) energía eléctrica transportada (RVT).

Dicho contrato, en su texto original, había definido al período tarifario como cada uno de los períodos de vigencia de las tarifas que remuneran los servicios suministrados por la transportista según el Subanexo II-A del contrato y de los arts. 40 y siguientes de la ley 24.065. Asimismo, preveía que el plazo de concesión se dividiría en períodos de gestión, el primero de los cuales se extendería por quince (15) años, a contar desde el vencimiento del período de gestión anterior (art. 5º).

Por otra parte, el art. 25 del contrato (Anexo II), también originariamente, establecía que "por el término del primer PERÍODO TARIFARIO las remuneraciones serán las establecidas en el cuadro de valores aplicables a dicho período integrante del Subanexo II - C del CONTRATO" (énfasis agregado).

Con posterioridad, el decreto 1343 del 25 de junio de 1993 (publicado en el B.O. el 03/08/93), "...a raíz de las consultas que formularan los adquirentes del Pliego de Bases y Condiciones correspondientes al Concurso Público Internacional para la venta del SESENTA Y CINCO POR CIENTO (65%) del paquete

accionario de la COMPAÑÍA DE TRANSPORTE DE ENERGÍA ELÉCTRICA EN ALTA TENSIÓN TRANSENER SOCIEDAD ANÓNIMA (TRANSENER S.A.)..." (v. considerando segundo), convalidó, por su art. 1º, las circulares 3, 6, 7, 10 y 11 emitidas por el Comité Privatizador e incorporó diversas modificaciones al contrato de concesión aprobado por el decreto 2743/92 (Anexo II).

Entre ellas, se definió al período tarifario como "Cada uno de los períodos de vigencia de las tarifas que remuneran los servicios suministrados por la transportista, según el Subanexo II-A del contrato y Artículos 40 y siguientes de la Ley N° 24.065, a partir de la toma de posesión". También se dispuso que "El plazo de concesión se dividirá en períodos de gestión, el primero de los cuales se extenderá por quince (15) años, a contar desde la toma de posesión, y los siguientes por diez (10) años, a contar desde el vencimiento del período de gestión anterior" (art. 5º) (énfasis agregado).

Modificó, asimismo, el art. 25 del contrato (Anexo II) -al convalidar la circular n.º 3- y dispuso que "Por el término del primer PERÍODO DE GESTIÓN las remuneraciones serán las establecidas en el cuadro de valores aplicables a dicho período, integrante del Subanexo II-C del CONTRATO" (énfasis agregado). En el Subanexo II-C se consignaron los valores por conexión, capacidad de transporte y por remuneración de energía eléctrica transportada, éste último aplicable durante el primer período tarifario, es decir cinco (5) años, en virtud de lo dispuesto en el art. 2º del Subanexo II-A.

Del régimen normativo descrito surge con claridad que el Poder Ejecutivo Nacional fue la autoridad que aprobó el contrato de concesión, fijó las bases del cuadro tarifario inicial, el período de vigencia y su modo de revisión. Por otra parte, en lo que aquí importa, es dable concluir que el último decreto (1343/93) introdujo una importante modificación a la remuneración de la transportistas prevista en el art. 25 del contrato (Anexo II), al reformar la duración del primer período de vigencia de los cargos por conexión y capacidad de transporte previstos en el Subanexo II-C del contrato, toda vez que éstos no regirían por un período tarifario de cinco (5) años, como establecía en su redacción original el decreto 2743/92, sino por el primer período de gestión, es decir, quince (15) años iniciales desde la toma de posesión.

Ahora bien, el Congreso Nacional, al sancionar la ley 24.065 atribuyó al ENRE, la facultad de controlar que los servicios suministrados por las transportistas sean ofrecidos a tarifas justas y razonables, de acuerdo a los principios fijados en el art. 40 y que posibiliten una razonable tasa de rentabilidad (art. 41). El art. 43 dispuso que, al finalizar el período inicial

de cinco (5) años, el ente debía fijar nuevamente las tarifas por períodos sucesivos de cinco (5) años, contemplando en su cálculo lo establecido en los arts. 40 y 41. Los arts. 46 y 48 han previsto la posibilidad de que los concesionarios soliciten al ENRE las modificaciones que estimen necesarias, si su pedido se basa en circunstancias objetivas y justificadas, en cuyo caso, el ente podrá establecer las bases

para el cálculo de las tarifas de acuerdo con las correspondientes concesiones y con las disposiciones de la ley (art. 56, inc. d).

En ese contexto normativo, la habilitación del ENRE para establecer las bases del cálculo de los valores fijados para el período 1998/2003 estaba condicionado a lo establecido en la ley y, tal como lo indica expresamente el art. 56 inc. d), al correspondiente contrato, aunque de modo excepcional cuando tales valores hubieren dejado de ser justos y razonables (arts. 40 y 41), porque circunstancias objetivas y justificadas así lo hicieren necesario (art. 46).

Forzoso es concluir, conforme sostuvo la Alzada, que la autorización legal no puede ir más allá de los términos contractuales y es el que mejor se concilia con la disposición del art. 46 de la ley, pues si se admitiese que la potestad de establecer las bases tarifarias importara la posibilidad de una revisión total de la fórmula, carecería de sentido la última norma citada, que, por lo demás, constituye una facultad reglada en la medida en que sólo es viable cuando circunstancias objetivas y justificadas así lo determinen.

Constituye un criterio de hermenéutica jurídica que, en los casos expresamente contemplados, debe preferirse la interpretación que favorece y no la que dificulta los fines perseguidos por las normas, evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando, como verdadero, el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos: 312:111).

Mal se aviene con este criterio hermenéutico, el conflicto de normas -que el ENRE califica de insuperable- entre el régimen tarifario fijado en la ley y en el Subanexo II-C (del Anexo II del decreto 2743/92), pues ello conduciría a privar de efecto al art. 25 del contrato de concesión (Anexo II). Al respecto, es pertinente recordar, como lo hizo la Corte en el precedente citado, que no se trata en el caso de desconocer la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la literalidad de uno de sus textos conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios de hermenéutica enunciados precedentemente, arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias notoriamente contradictorias. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados, que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de uno y otros no se compadece con la misión de administrar justicia (confr. cons. 9º y sus citas).

Tal criterio no conduce a negar las facultades del ENRE para efectuar las revisiones y ajustes que deban aplicarse a los valores tarifarios, ya que no resultaría legítimo que un régimen de tal naturaleza se mantuviera inalterado a lo largo del tiempo si las condiciones sobrevinientes imponen revisarlo. Con ese alcance lo entendió la Corte, al expresar que las atribuciones de las Administración Pública en materia de tarifas no se ejercen en forma discrecional, sino sujetas a la demostración

objetiva del fundamento de las modificaciones que se efectúen (confr. Fallos: 321:1784).

Por otra parte, resulta inconducente para la decisión del sub lite la inteligencia que los apelantes efectúan en torno a las facultades que el art. 36 de la ley 24.065 atribuyó a la Secretaría de Energía, las cuales estarían referidas, a su modo de ver, a autorizarla a fijar los precios del Mercado Eléctrico Mayorista no así para dictar resoluciones vinculadas a las tarifas, pues el a quo no apoyó su decisión en la interpretación de tal norma, sino que simplemente, con el fin de completar la descripción de los componentes tarifarios, aludió a ella para hacer notar que la Secretaría de Energía había dictado diversas resoluciones que se agruparon en 'Los Procedimientos para la Programación de la Operación, el Despacho de Cargas y el Cálculo de Precios en el Mercado Eléctrico Mayorista', en el cual se había dispuesto que la tarifa estaría integrada por los conceptos de conexión, capacidad de transporte y energía eléctrica transportada (confr. fs. 733).

- VII -

Sentado lo anterior, estimo que los fundamentos que esgrimió la Cámara para concluir en que el ENRE había "... adoptado una decisión ajena a la competencia reglada que le confieren los arts. 46 y 48 de la ley 24.065 al no haber demostrado la existencia de causas objetivas y justificadas que autorizaran a ese organismo a actuar como lo hizo..." (énfasis agregado) (confr. fs. 745), remiten al examen de circunstancias de hecho y prueba, ajenas a esta instancia excepcional, sin que se haya demostrado la existencia de arbitrariedad en la solución adoptada.

En efecto, el sentenciante valoró que los argumentos expuestos por Transener para obtener una revisión total de sus componentes, basados en el estado en que había recibido la empresa al momento de la concesión y el modo de calcular la RVT incidía negativamente en los ingresos de la transportista, no configuraban aquellas causas objetivas y justificadas para habilitar la instancia del art. 46 de la ley 24.065.

A mi modo de ver, no se advierte arbitrariedad en tal conclusión, sin que obste a ello el planteo que efectúan los apelantes sobre la aparente confusión en que habría incurrido la Cámara al valorar para adoptar una decisión vinculada a tarifas, aspectos del contrato de compraventa de acciones. Este argumento que emplean para descalificar el fallo no puede prosperar, a poco que se repare que tanto el estado de los equipos y las bases del cálculo de la tarifa estuvieron individualizados y fijadas, respectivamente, como se dijo, desde la concesión del servicio a Transener S.A. (decretos 2743/92 y 1343/93), de modo tal que tanto esta última como las adjudicatarias del 65% de las acciones de esa empresa, al igual que las demás oferentes conocían las condiciones en que se recibía el servicio.

Así pues, descartada tal objeción, tampoco resultan arbitrarios los fundamentos del decisorio sobre el modo de calcular la RVT, pues como bien expresa la Cámara, "...la disminución de los ingresos, que por actividades reguladas recibe Transener, surgía del mecanismo contractual modificado a instancias de los propios

oferentes y era conocido y conformado por ella misma, que tenía en cuenta el precio de energía en el mercado".

En ese sentido, vale recordar que no sólo la buena fe, sino también la libertad de contratar de la Administración y hasta la misma seguridad jurídica quedarían gravemente resentidas si fuera admisible y pudiera lograr tutela judicial la conducta de quien primero concurre a consumir el contrato y luego procura ponerse de tal modo en contradicción con sus propios actos, ejerciendo una conducta incompatible con la asumida anteriormente.

De cualquier modo, debe recordarse que la aplicación de los principios jurídicos pertinentes a las circunstancias fácticas del litigio es facultad privativa de los magistrados competentes para resolverlo, por manera que la doctrina de la arbitrariedad -de carácter estrictamente excepcional- no autoriza a revisar las decisiones que ellos dicten en tanto las mismas no excedan las facultades de apreciación de los hechos y del derecho que son propias de su ministerio, y cuyo acierto o error no incumbe a la Corte apreciar (Fallos: 302:247 y sus citas).

Tampoco se advierte la existencia de la causal de gravedad institucional que se invoca, pues la discusión planteada en la litis no excede el marco de interés individual del concesionario, ni se ha probado que la decisión de la Cámara, al revocar el acto impugnado por Central Térmica Güemes, sea susceptible de perturbar el funcionamiento del servicio.

En mi opinión, no cabe atribuir otra inteligencia a la cuestión en debate que aquélla sustentada por la Alzada, en tanto y en cuanto decidió con ajuste a las normas en vigor y a los hechos de la causa, que el Ente, al emitir la resolución 1650/98, no estaba habilitado para obrar como lo hizo.

- VIII -

Por todo lo expuesto, opino que corresponde confirmar la sentencia de fs. 732/745 en cuanto fue materia de recurso extraordinario.

Buenos Aires, 29 de abril de 2005.-

RICARDO O. BAUSSET  
ES COPIA

Buenos Aires, 26 de septiembre de 2006.

Vistos los autos: “Central Térmica Güemes S.A. s/ resolución 1650/98 ENRE (exp. 4689/98)”.

Considerando:

1º) Que la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al hacer lugar al recurso directo interpuesto por la actora en los términos del art. 76 de la ley 24.065, dejó sin efecto la resolución 1650 de 1998, por la cual el Ente Nacional Regulador de la Electricidad incrementó el cargo fijo por conexión percibido por Transener S.A. para el segundo período tarifario establecido en el marco regulatorio respectivo. Contra esta decisión, el Ente Nacional Regulador de la Electricidad y Transener S.A. dedujeron los recursos extraordinarios concedidos a fs. 840.

2º) Que el pronunciamiento del Tribunal debe atender a las circunstancias existentes al tiempo de dictarse el fallo. En tal sentido, cabe advertir que en la sentencia apelada se expresó que la renegociación de los contratos, autorizada en los arts. 8º y 9º de la ley 25.561, del 7 de enero de 2002, y las reglamentaciones administrativas dictadas en su consecuencia, carecían de incidencia sobre el caso, en razón de que en éste se discutía exclusivamente la legitimidad de la remuneración del concesionario por el período comprendido entre 1998 y 2003 (mientras que la renegociación prevista en la ley citada habría de tener efectos hacia el futuro).

3º) Que, al respecto es menester señalar que la ley 25.790, prorrogada por la ley 25.792, establece que las decisiones adoptadas por el Poder Ejecutivo Nacional en los procesos de renegociación no se hallarán condicionadas o limitadas por las estipulaciones contenidas en los marcos regulatorios que rigen los respectivos contratos de concesión. Es decir, dada la profunda transformación de la realidad económica vigente que tuvo lugar con posterioridad a la sanción de la ley 25.561, la redeterminación de las tarifas (uno de cuyos componentes son los cargos por conexión) no está ceñida con exclusividad al examen de los costos, inversiones, y restricciones futuras, sino que permite considerar la razonabilidad de las tarifas fijadas en el período inmediato precedente. A pesar de haber sido desestimada la denuncia de hecho nuevo, el escrito presentado por Transener S.A. a fs. 971 y 976 vta., y la documentación agregada son indicativas de que en la renegociación de las condiciones de la concesión, entre otros múltiples factores, se han tenido en cuenta los importes fijados en la resolución 1650 de 1998. En tales condiciones, es decir, ante la modificación sustancial del marco fáctico y normativo vigente al tiempo de trabarse la litis, resulta inoficioso emitir un pronunciamiento en la causa.



Por ello, oído el señor Procurador Fiscal subrogante, se declara que es inoficioso pronunciarse en el caso. Déjase sin efecto lo decidido a fs. 737/745 vta. Costas por su orden en todas las instancias. Notifíquese y remítanse.  
ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO (en disidencia)- CARLOS S. FAYT - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI - RICARDO LUIS LORENZETTI (en disidencia) - CARMEN M. ARGIBAY (según su voto).

ES COPIA

VO-//-

-//TO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que la infrascripta coincide con los considerandos 1° al 2° del voto de la mayoría.

3°) Que, al respecto es menester señalar que la ley 25.790, prorrogada por la ley 25.792, establece que las decisiones adoptadas por el Poder Ejecutivo Nacional en los procesos de renegociación no se hallarán condicionadas o limitadas por las estipulaciones contenidas en los marcos regulatorios que rigen los respectivos contratos de concesión. En tales condiciones, es decir, ante la modificación sustancial del marco fáctico y normativo vigente al tiempo de trabarse la litis, resulta inoficioso emitir un pronunciamiento en la causa.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal subrogante, se declara que es inoficioso pronunciarse en el caso. Déjase sin efecto lo decidido a fs. 737/745 vta. Costas por su orden en todas las instancias. Notifíquese y remítanse.

CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

DISI-//-

-//DENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

Que los agravios del apelante han sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen del señor Procurador Fiscal subrogante, cuyos fundamentos esta Corte comparte y a los cuales se remite por razón de brevedad.

Por ello, y de conformidad con el referido dictamen, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada, con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, remítase. ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

- RICARDO LUIS LORENZETTI.

ES COPIA