

Pluspetrol Energy S.A. c/ ENRE Resolución N° 458/02

P. 307. XLI. "Pluspetrol Energy S.A. c/ ENRE Resolución N° 458/02".

Suprema Corte:

-I-

A fs. 317/318, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala III) desestimó el recurso directo previsto en el Artículo 76 de la Ley N° 24.065 deducido por Pluspetrol Energy S.A. -empresa dedicada a la generación y comercialización de energía eléctrica- y confirmó las Resoluciones Nros. 458/02, 504/02 y 505/02 del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (en adelante ENRE), en cuanto aplican el coeficiente de estabilización de referencia (CER) al contrato de construcción, operación y mantenimiento (COM) celebrado con Transener S.A. -citada en calidad de tercero en estos autos- para la construcción e instalación de un banco de capacitores en la Estación Transformadora "Recreo".

En lo que aquí importa, para así decidir, los magistrados intervinientes recordaron que, de acuerdo con los Artículos 4º y 8º del Decreto N° 214/02 y 1º del Decreto N° 320/02, una vez concretada la "pesificación" de las obligaciones de dar sumas de dinero pactadas en dólares estadounidenses -cualquiera fuera su origen o naturaleza-, correspondía aplicar el CER. En tal sentido, entendieron que, más allá de la calificación dada por Pluspetrol Energy S.A. para definir su situación -ya sea como comitente o como delegado transestructural de un cometido estatal-y toda vez que no había aportado razones para apartarse de tal solución, debía aplicarse dicho índice al precio convenido en el respectivo contrato.

Consideraron que Pluspetrol Energy S.A. no había expresado suficientes razones por las cuales el ENRE, al dictar la Resolución N° 458/02, debía adoptar un criterio diferente del vertido en el memorando AARyEE/2208 del 2 de octubre de 2002, donde modificaba su opinión sobre la aplicación del CER. Además, dijeron, tampoco había impugnado el

Decreto N° 214/02, que establece la aplicación de ese coeficiente, ni acreditado la desproporción entre las contraprestaciones emergentes del convenio, ni solicitado el reajuste equitativo del precio previsto en el Artículo 11 de la Ley N° 25.561 -redacción actual- que desplazó la prescripción del Artículo 8º, primera parte, del decreto citado.

Señalaron que, aun cuando no surgía de las actuaciones que se hubiera llevado a cabo, por ante el ENRE, el procedimiento previo aludido en el Artículo 11 de la Ley N° 25.561 - texto según la Ley N° 25.820- en pos de una solución equitativa, la recurrente no había alegado ni probado los extremos requeridos para la ponderación de la procedencia del reajuste del precio establecido. Por lo demás, indicaron, esa omisión por parte del ENRE de observar el procedimiento previsto en dicho artículo quedó subsanada por la intervención conferida a la cocontratante Transener S.A. en el proceso judicial, razón por la cual entendieron inoficioso el reenvío de la causa a sede administrativa.

Sostuvieron que las ampliaciones del sistema de transporte de alta tensión instrumentadas según la modalidad de los contratos COM no constituyen servicio público, porque debía diferenciarse la tarifa remunerativa de la operación de mantenimiento de la red de transporte de energía eléctrica de Transener S.A. -concedida bajo las condiciones de monopolio- del precio involucrado en la expansión del sistema de construcción, operación y mantenimiento excluidas del régimen de los Artículos 8º y concordantes de la Ley N° 25.56 1. En tales términos, entendieron que el contrato COM celebrado entre la comitente Pluspetrol Energy S.A. y la contratista Transener S.A. -comprendido en el Artículo 11 de la Ley N° 25.561- excluía la representación, por parte de aquél, del Estado Nacional o del ENRE.

Descartaron, asimismo, que este último hubiera incurrido en una conducta discriminatoria respecto de Pluspetrol Energy S.A., circunstancia que tampoco había sido demostrada en autos y consideraron insustancial el tratamiento del agravio referente a que el ENRE -en

los actos impugnados- habría ejercido las facultades judiciales vedadas al Poder Ejecutivo por el Artículo 109 de la Constitución Nacional.

-II-

Contra tal pronunciamiento, Pluspetrol Energy S.A. articuló el recurso extraordinario de fs. 322/338, que fue concedido parcialmente por el a quo a fs. 356, por hallarse en juego la interpretación de normas federales y desestimado por la causal de arbitrariedad, sobre la cual no se dedujo la correspondiente queja.

Sostiene que la ampliación de la red de transporte es un servicio público cuya prestación delegó el Estado en los particulares, en razón de que necesariamente debe tener el certificado previo de declaración de conveniencia y necesidad pública otorgado por el ENRE, el cual implica ponderar tanto el interés particular como el interés público en general a la vez que incluye la consideración de parámetros técnicos, económicos y de carácter socioambientales.

Alega que tanto el contrato de construcción como toda la actividad administrativa que debieron llevar adelante las empresas que celebraron el contrato como comitentes originales (solicitud de ampliación, audiencia pública para tratar la necesidad y conveniencia pública de la obra, Pliego de Bases y Condiciones de la licitación pública exigida por las normas vigentes, adjudicación de la oferta más conveniente, firma del contrato e inspección de la obra hasta su habilitación comercial), fue realizada ad referendum del ENRE, como autoridad de aplicación del contrato COM, toda vez que se trata de una obra que excede el ámbito del derecho privado y cuya propiedad, en el futuro, revertirá al Estado Nacional por haberse incorporado al patrimonio de la concesionaria del servicio público de transporte de energía eléctrica en alta tensión (Transener S.A.).

Aduce que el canon pactado en el contrato de construcción reviste naturaleza tarifaria y su pago, al igual que el de las restantes tarifas que cobra Transener S.A., corresponde a los usuarios (los beneficiarios) y no al Estado Nacional. Señala, asimismo, que Transener S.A. nunca reclamó a los "obligados al pago" la readecuación del canon, sino que, por el contrario, se dirigió al ENRE reconociendo a éste como su contraparte actual (desde la habilitación comercial de la obra, el ENRE es su comitente, conforme al contrato COM).

Manifiesta que debía aplicarse al presente caso la doctrina que surge de Fallos: 304:490 en los autos "Schirato, Gino c/ Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación) y Cooperativa Escolar 14", de cuyos argumentos puede derivarse que el contrato COM es un negocio jurídico donde el Estado Nacional no puede ser considerado un tercero.

Expone que, aun cuando en esta clase de contratos la relación jurídica aparece constituida por dos sujetos privados, uno de ellos, sin embargo, actúa como delegado de la Administración Pública, ejecutando cometidos públicos que conforman el contenido de dicha delegación (Ampliación del Sistema de Transporte de Energía Eléctrica en Alta Tensión -Servicio Público-), por lo cual la relación es de derecho público.

Asimismo, explica que el contrato COM está regido por normas del derecho público, donde la participación de los privados -como comitentes o riginales- lo es en carácter subsidiario del Estado, pues quienes han de solventar la ampliación son los beneficiarios y usuarios -que exceden a los comitentes- y las instalaciones objeto del contrato están afectadas al servicio público (transporte de energía eléctrica de alta tensión) con todos sus elementos típicos.

En ese orden de ideas, afirma que los Artículos 8º y 9º de la Ley Nº 25.561, al comprender a "todos los contratos administrativos", incluye a los contratos COM, por su indudable carácter de contratos administrativos, razón por la cual no cabe duda de que deben ser objeto de renegociación con el Estado Nacional.

Concluye en que, al no ser aplicable el Artículo 11 de la Ley Nº 25.561 ni el Decreto Nº 214/02, sino los Artículos 8º, 9º y 10 de dicha ley, no corresponde abonar el CER y que, debido al aumento del valor de los cánones por la aplicación de dicho índice, los fondos SALEX (integrados por la recaudación variable por precio local de energía y administrados por CAMMESA) se consumieron en forma más temprana, lo que dio lugar a que los beneficiarios efectuaran un aporte mayor al que tuvieron en cuenta al momento de solicitar la ampliación.

En cuanto a las cuestiones subsidiarias planteadas en el recurso directo, se agravia porque la sentencia le reconoció facultades jurisdiccionales al ENRE y porque, en su caso (como generadora) no se le ha permitido trasladar al precio de la energía el incremento del contrato COM.

-III-

A mi modo de ver, el recurso extraordinario es formalmente admisible por hallarse en tela de juicio la inteligencia las normas que integran el marco regulatorio de la energía eléctrica y el plexo que surge de la Ley de emergencia Nº 25.561, ambos de carácter federal y la decisión del tribunal superior de la causa fue contraria al derecho que la apelante funda en ellos (Artículo 14 , inc. 3º, de la Ley Nº 48) (Fallos: 327:1263 y 327:4495).

Además, debo recordar 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).

Ante todo, cabe señalar que la Ley Nº 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 Artículo 76 de la Constitución Nacional (Artículo 1º), autorizó al Poder Ejecutivo a fijar la relación de cambio entre la moneda nacional y las divisas extranjeras (Artículo 2º), dejando de lado el régimen de convertibilidad que establecía la Ley Nº 23.928 y a renegociar los contratos celebrados por la Administración Pública -entre los que se incluyen expresamente los de obras y servicios públicos-, bajo ciertas condiciones (Artículos 8º al 10).

Dicha ley diferenció en dos capítulos distintos los regímenes según el tipo de relaciones que vincula a las partes. En el Capítulo II se dispuso que los contratos celebrados por la Administración Pública bajo normas de derecho público quedaban sujetos a la pesificación de las tarifas en una equivalencia de valor \$ 1 = U\$S 1 (Artículo 8º).

Por el Artículo 9º se autorizó al Poder Ejecutivo Nacional a renegociar los contratos comprendidos en el Artículo 8º, a la vez que se estableció que, en los casos de los acuerdos que tuvieran por objeto la prestación de servicios públicos, deberían tomarse en consideración los siguientes criterios: 1) el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos; 2) la calidad de los servicios y los planes de inversión, cuando ellos estuviesen previstos contractualmente; 3) el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios; 4) la seguridad de los sistemas comprendidos y 5) la rentabilidad de las empresas. Finalmente, se aclaró que estas disposiciones en ningún caso autorizarán a las empresas contratistas o prestadoras de servicios públicos, a suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones (Artículo 10).

El Poder Ejecutivo, por Decreto N° 293/02, encomendó al Ministerio de Economía llevar adelante la renegociación de los contratos antes aludidos (Artículo 1º) y creó la Comisión de Renegociación de Contratos de Obras y Servicios Públicos (Artículo 4º), decreto que luego fue derogado por su similar 311/03, que creó, en el ámbito de los Ministerios de Economía y Producción y de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos (UNIREN) con la misión de asesorar y asistir en ese proceso. El plazo para que se concluyeran las renegociaciones se prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2006 (Leyes Nros. 25.790, 25.820, 25.972 y 26.077).

En el Capítulo III de la Ley N° 25.561 se previó también la conversión a pesos de todas las obligaciones de dar sumas de dinero expresadas en dólares estadounidenses u otras monedas extranjeras, con igual equivalencia a la indicada en el Capítulo anterior, de las obligaciones de dar sumas de dinero, cualquiera fuera su origen o naturaleza, a las cuales debían aplicarse el Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER).

Por su parte, las disposiciones de los Artículos 1º, 4º y 8º del Decreto N° 214/02 (modificado por el Decreto N° 320/02), fueron ratificadas por el Artículo 1º de la Ley N° 25.713 y prevén que a las obligaciones de pago en dólares u otra moneda extranjera convertidas en pesos "[...] se les aplicará un Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER) que se compondrá por la tasa de variación diaria obtenido de la evolución mensual del Índice de Precios al Consumidor (IPC) publicado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos dependiente del Ministerio de Economía de la Nación, cuya metodología se establece en el Anexo I de la presente ley. La aplicación del Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER) será efectuada a partir del 3 de febrero de 2002".

-V-

El tema en debate exige -a mi entender- determinar si a los contratos COM -celebrados entre dos empresas privadas como se explicará a continuación- les resultan aplicables

las normas del Capítulo II de la Ley Nº 25.561 -como postula la apelante- o bien el Artículo 11 de igual ley y los Decretos Nros. 214/02 y 320/02, como lo decidió el a quo.

Con prelación al análisis de la cuestión mencionada, me parece conveniente realizar algunas consideraciones en torno a las particularidades y características que presentan las ampliaciones de las redes de transporte de energía eléctrica de alta tensión y al contrato suscripto por la actora.

En el marco jurídico de la concesión de tal servicio, la transportista es responsable de vincular eléctricamente, desde el punto de entrega hasta el punto de recepción, a los generadores con los distribuidores o grandes usuarios, sin embargo, no está obligada a hacer inversiones para expandirse, esto es, construir la instalación asociada a la red, ello, por su condición de única concesionaria de transporte de energía eléctrica en alta tensión (cfr. considerandos 5º, 6º y 7º del Decreto Nº 2.743/92).

A tal efecto, se han previsto dos formas contractuales para financiar la construcción de las ampliaciones de transporte contempladas en la Resolución de la Secretaría de Energía Nº 61/92 y sus modificatorias, denominada "Los Procedimientos": a) ampliaciones de capacidad por contrato entre partes para la Construcción, Operación y Mantenimiento, denominados contratos COM celebrado entre un conjunto de usuarios y una transportista "independiente", autorizado por el ENRE y con instancia de audiencia pública (Título II, Anexo 16:2) y b) ampliaciones de capacidad de transporte por concurso público, por el cual un agente o un grupo de agentes del MEM requiere autorización a la transportista para realizar una ampliación de su red, dicha solicitud puede integrarse mediante una oferta de contrato COM o una propuesta de canon anual máximo para un período de amortización de 15 años (Título III, Anexo 16:2).

Cabe aclarar que, en forma previa a realizarse cualquier ampliación de la red, corresponde al ENRE expedirse sobre la utilidad pública de la obra, a cuyo fin debe emitir el

correspondiente "Certificado de Conveniencia y Necesidad Pública". Así pues, el Artículo 11 de la Ley Nº 24.065 dispone que ningún transportista podrá comenzar la construcción y operación de instalaciones de magnitud que precisen la calificación del ente, ni la extensión o ampliación sin contar con aquél. El ENRE publicará este tipo de solicitudes y dispondrá la realización de una audiencia pública antes de resolver sobre el otorgamiento del respectivo certificado.

Es decir, que el proceso de adjudicación de la licencia de construcción, operación y mantenimiento se somete a un procedimiento reglado en el cual el Estado interviene desde su reglamentación hasta la aprobación del canon remunerativo de la obra.

Tal como indica el apelante, en estos casos, los "solicitantes" de la ampliación, es decir, los usuarios del servicio público de transporte -agentes reconocidos del MEM- que en forma individual y colectiva se presentan ante la transportista para iniciar el trámite referido, no siempre coinciden con los "beneficiarios" de la ampliación -también agentes reconocidos del MEM-, los cuales, en función de la determinación efectuada por CAMMESA y aprobada por el ENRE, son los que deben asumir el pago de lo que corresponda por la ampliación. Todos los solicitantes, pues, son beneficiarios, aunque no todos los beneficiarios son solicitantes, ya que los beneficiarios pueden modificar su situación en torno al pago del canon, si se alteran sus utilidades eléctricas en el área.

Debo añadir que, por otra parte, cuando las restricciones a la capacidad de transporte en un determinado corredor del sistema hubieran generado precios locales, el agente o grupo de agentes del MEM que soliciten una ampliación por concurso público pueden pedir al ENRE la autorización para que se les asignen fondos de la Subcuenta de Excedentes por Restricciones a la Capacidad de Transporte (cuenta SALEX) del referido corredor, como fuente adicional de financiación de la obra (cfr. Artículo 15, Anexo 16:2, de "Los Procedimientos"). Dicha cuenta se integra con "Los fondos que se originan por recaudación variable por precio local de energía" (Artículo 4, ap. 4.2, Anexo 18 de "Los

Procedimientos") y su administración está a cargo del Organismo Encargado del Despacho -CAMMESA-.

Igualmente, para completar el análisis del sub lite, corresponde retener, en primer lugar, el contrato de concesión de transporte de energía eléctrica suscrito entre el Estado Nacional y Transener S.A. (Anexo II, Decreto Nº 2.743/92), el cual establece que su objeto y alcance es otorgar en concesión a favor de la transportista la prestación en forma exclusiva del servicio público de transporte de energía eléctrica en alta tensión tanto en el sistema existente como el que resulte de su ampliación realizada en los términos del citado reglamento de acceso (Artículo 1º).

El Artículo 2º prevé que la concesión otorgada implica que la transportista está obligada a recibir y procesar toda solicitud de acceso a la capacidad de transporte del servicio público de transporte de energía eléctrica en alta tensión y toda solicitud de ampliación de dicha capacidad de transporte que se presente en su ámbito de concesión, conforme a los términos del reglamento de acceso.

En segundo lugar, tiene particular relevancia para el sub iudice, recordar que el Artículo 16 de la Resolución SE Nº 137/92 dispone que "las instalaciones de la transportista independiente se consideran parte integrante del sistema de transporte al que sirven".

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

Si bien esta modalidad contractual no sería, propiamente, una concesión estatal otorgada a un particular, pues las convenciones son celebradas entre empresas privadas y solventadas por los beneficiarios particulares, cierto es que afectan el servicio público dado en concesión por el Estado Nacional. De allí que son realizadas bajo un sistema de

concurso público, sometidas a principios regulatorios de transparencia, no discriminación, requisitos técnicos de construcción, operación y prestación del servicio, todo ello bajo el control del Estado.

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

Desde esta óptica, entiendo que la Administración Pública no es absolutamente ajena a los contratos COM, sino que, por el contrario, tiene un papel destacado antes, durante y después de la incorporación de esta nueva infraestructura al sistema de transporte de energía eléctrica. En efecto, tal como se dijo, estos convenios son formalizados a través de un concurso público, sometidos a principios regulatorios de transparencia, no discriminación, requisitos técnicos de construcción, operación y prestación del servicio, todo ello bajo el control del Estado, que lejos de desentenderse de un contrato celebrado entre particulares participa activamente en la relación, en miras a la mejor prestación del servicio público en cuestión. Tampoco debe perderse de vista la ingerencia de este último en la conformación, administración y control de los fondos SALEX que son afectados al pago del canon complementario para cubrir el monto de la obra de ampliación de transporte.

Sentado lo expuesto cabe recordar que, en el caso, y dentro del marco de las disposiciones aludidas sobre ampliaciones de capacidad de transporte por concurso público, Pluspetrol Energy S.A. y Central Térmica Güemes -en calidad de comitentes-suscribieron, el 24 de agosto de 1999, un contrato COM con la compañía de transporte de energía de alta tensión Transener S.A. -en calidad de contratista-, para la construcción (incluidos el diseño, equipamiento, instalación, construcción y puesta en servicio) de un banco de capacitores serie completo en la EETT Recreo a los efectos de reducir en un 50 % la distancia eléctrica en 500 Kv. que media entre las Estaciones Transformadoras "El Bracho" y "Malvinas Argentinas" (cfr. fs. 55 y sgtes.).

En dicho contrato se estipuló que la remuneración de la contratista, en concepto de canon, consistiría en U\$S 3.000.000, más el IVA, durante la construcción y a partir de que la obra fuera habilitada -lo que ocurrió el 28 de agosto de 2000- se abonaría un canon mensual fijo de U\$S 125.554, más el IVA, los cuales serían recaudados por CAMMESA de los beneficiarios de la ampliación, a cuyo fin deberían tomarse en cuenta los fondos SALEX para ser afectados al pago del canon complementario hasta cubrir el 70 % del monto de la obra (cláusula 21.1). Igualmente se previó ajustar el canon cada 6 meses, mediante el empleo de Índices de precios al por mayor de productos industriales de los Estados Unidos de América, denominado Producer Price Index Industrial Commodities (PPI) y de Precios al Consumidor final de los Estados Unidos de América, denominado Consumer Price Index for all Urban Consumers - All Items (CPI) (cláusula 21.2) (cfr. fs. 75 y 76).

También se estableció que a falta de disposición expresa en los documentos de la licitación (contrato, pliego, oferta y la resolución ENRE 932/99) regirían las Leyes Nros. 15.336, 24.065 y sus decretos reglamentarios, el contrato de concesión de Transener S.A., aprobado por los Decretos Nros. 2.743/92 y 1.501/93, así como las resoluciones y actos de autoridad competente, vigentes o que pudieran dictarse en el futuro y que resultaren de aplicación (cláusula 31^a) (cfr. fs. 81 y 82).

Por último, cabe aclarar que el convenio señala la participación del ENRE que al efecto le asignan las normas en vigor, así como también que dicho ente, por resolución 932/99, aprobó la oferta preadjudicada por el comitente en el concurso realizado (cfr. fs. 55).

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

-VII-

Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto, corresponde el examen de la cuestión debatida atento a que la apelante -una empresa privada- reclama la aplicación de las disposiciones del Capítulo II de la Ley Nº 25.561 al contrato COM celebrado con otra empresa privada, en tanto que, por el contrario, la alzada considera que deben aplicársele las previsiones de los Artículos 4º y 8º del Decreto Nº 214/02, 1º del Decreto Nº 320/02 y 11 de la Ley Nº 25.561, en su redacción actual, porque allí se engloba a "las obligaciones originadas en los contratos entre particulares", no vinculadas al sistema financiero, cualquiera sea su origen o naturaleza.

El Artículo 1º de la Ley Nº 25.561 declaró, con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 76 de la Constitución Nacional, la emergencia pública en materia social, económica,

administrativa, financiera y pública y delegó al Poder Ejecutivo Nacional las facultades comprendidas en ella, con sustento en las "bases" para su ejercicio.

Entre las aludidas "bases" establecidas en el citado Artículo 1 °, se fijó "reglar la reestructuración de las obligaciones, en curso de ejecución, afectadas por el nuevo régimen cambiario instituido por el Artículo 2 °" (cfr. inc. 4º).

Debo recordar tal como, en parte, lo adelanté en el acápite IV, que los Artículos 8 °, 9 ° y 10 de la Ley Nº 25.561 se encuentran contenidos en el Capítulo II del Título IV de la Ley Nº 25.561 que lleva por título "De las obligaciones originadas en los contratos de la Administración regidos por normas del derecho público", en tanto que el Artículo 11 está ubicado en el Capítulo III del mismo Título, denominado "De las obligaciones originadas en los contratos entre particulares, no vinculadas al sistema financiero". El aludido Título IV regula la "reestructuración de las obligaciones afectadas por el régimen de esta ley".

El Artículo 8º dispuso "[...] 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 dólar estadounidense (U\$S 1)" (énfasis agregado).

En ese orden, por el Artículo 9º, se autorizó "[...] al Poder Ejecutivo nacional a renegociar los contratos comprendidos en lo dispuesto en el Artículo 8º de la presente ley".

Una atenta lectura de tales preceptos indica que las renegociaciones de contratos a las que alude la ley -y sobre las que corresponde al Estado Nacional pronunciarse- comprende aquellos convenios donde es parte la Administración Pública, por lo cual quedan excluidas

de la renegociación las obligaciones originadas en los contratos entre particulares, contempladas específicamente en el mencionado Capítulo III aun cuando éstas se encuentren sometidas a una especial regulación de derecho público. En este punto es prudente recordar que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, de la que no cabe apartarse cuando ella es clara, sin que sea admisible una inteligencia que equivalga a prescindir de ésta, pues la exégesis de la norma debe practicarse sin violación de sus términos o su espíritu (Fallos: 315:1256).

Cabe recordar que en 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 – DULCAMARA-; 316:212 –CINPLAST- 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.

De este modo, la relación entablada exclusivamente entre dos particulares se presenta como definitoria de las normas de la Ley Nº 25.561 aplicables al caso. Ello conduce por fuerza a reconocer que dicho contrato se encuentra alcanzado por el Artículo 11 del Capítulo III del Título IV de la ley citada, toda vez que él comprende a todas "Las obligaciones de dar sumas de dinero existentes al 6 de enero de 2002, expresadas en dólares estadounidenses u otra moneda extranjera, no vinculadas al sistema financiero, cualquiera sea su origen o naturaleza, haya o no mora del deudor, (las cuales) se convertirán a razón de un dólar estadounidense (U\$S 1) = un peso (\$ 1), o su equivalente en otra moneda extranjera, resultando aplicable la normativa vigente en cuanto al Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER) o el Coeficiente de Variación de Salarios (CVS), o el que en el futuro los reemplace, según sea el caso" (énfasis agregado).

Respecto de la aplicación del CER, corresponde destacar que el Artículo 4º del Decreto Nº 214/02 expresamente dispone que a las deudas referidas en su Artículo 8º se les aplicará un Coeficiente de Estabilización de Referencia, el que será publicado por el Banco Central de la República Argentina. En ese orden de ideas, el Artículo 8º del decreto establece que las obligaciones exigibles de dar sumas de dinero expresadas en dólares estadounidenses u otra moneda extranjera, no vinculadas al sistema financiero, cualquiera sea su origen o naturaleza, se convertirán a razón de un dólar estadounidense (U\$S 1) = un peso (\$ 1), a las cuales se les aplicará lo dispuesto en su Artículo 4º.

Por su parte, el Decreto Nº 320/02 (ratificado por el Artículo 1º de la Ley Nº 25.713) aclaró que las disposiciones contenidas en el Decreto Nº 214/02 serían aplicables a todas las obligaciones pactadas en dólares estadounidenses o en otras monedas extranjeras reestructuradas por la Ley Nº 25.561 y que el Artículo 8º de este último decreto serían de aplicación exclusiva a los contratos y a las relaciones jurídicas existentes a la fecha de entrada en vigencia de la Ley Nº 25.561.

De este modo, al haberse pesificado en el contrato COM sub examine las obligaciones pactadas en dólares estadounidenses, considero que corresponde, tal como concluye la Cámara, aplicar el citado índice.

Por último, a mi juicio, cabe desestimar los agravios enderezados a cuestionar la decisión del a quo de considerar insustancial el tratamiento del planteo referido a las facultades jurisdiccionales al ENRE, al igual que en cuanto desestima su pretensión de trasladar al precio de la energía el incremento del contrato COM, pues tales cuestionamientos carecen del desarrollo y la solidez doblemente imprescindibles en planteos de la naturaleza de los que aquí se tratan, pues, además de lo que V.E. tiene dicho en punto a la fundamentación autónoma que requiere el recurso extraordinario -en los términos del Artículo 15 de la Ley Nº 48- (Fallos: 315:59 y 325) remiten a cuestiones de hecho y prueba

y de derecho procesal que, por principio, son ajenas al recurso extraordinario y sólo revisables en caso de arbitrariedad, circunstancia, esta última que debe descartarse en el sub lite, toda vez que la apelante consintió la desestimación por el a quo de la arbitrariedad de la sentencia, sin que se dedujera la pertinente queja.

-VIII-

Por lo expuesto, opino que corresponde confirmar la sentencia de fs. 317/318 en cuanto fue materia de recurso extraordinario.

Buenos Aires, 20 de junio de 2006.

Laura M. Monti.

Buenos Aires, 22 de mayo de 2007.

Vistos los autos: "Pluspetrol Energy S.A. c/ ENRE Resolución Nº 458/02".

Considerando:

Que las cuestiones propuestas en el sub examine encuentran suficiente respuesta en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal cuyos fundamentos y conclusiones se dan por reproducidos para evitar repeticiones innecesarias.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada, con costas. Notifíquese y devuélvase.

Ricardo Luis Lorenzetti - Elena I. Highton de Nolasco - Juan Carlos Maqueda - E. Raul Zaffaroni - Carmen M. Argibay (según su voto).

Voto de la Señora Ministra doctora Doña Carmen M. Argibay .

Considerando:

Que comparto, con exclusión de los párrafos 12, 13, 14 y 15 del Capítulo V y 5 del capítulo VI, el dictamen de la señora procuradora Fiscal, cuyos fundamentos y conclusiones se dan por reproducidos en razón de brevedad.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

Carmen M. Argibay.