

Central Térmica Güemes S.A. vs. ENRE (Resolución 1650/98)

CNCAF Sala IV; 05/12/2002; Rubinzal Online; RC J 3322/04

Sumarios de la sentencia

Pliego de condiciones

Es común entender que los contratos administrativos están integrados por dos tipos de disposiciones: aquellas normativas o reglamentarias, que rigen el desarrollo de la actividad sobre la cual versa el contrato, y aquellas otras denominadas contractuales, contenidas en el pliego de bases y condiciones, que hacen a la parte volitiva del contrato y pueden incluir especificaciones ajenas, pero no contrarias, a la normativa básica. Es que el pliego, en todos los casos, debe ser conforme a las normas superiores (régimen legal y reglamentario), resultando írrito si viola el marco normativo correspondiente, y el decreto de adjudicación está, a su vez, subordinado al pliego de bases y condiciones que rigió la licitación. Todas estas normas y disposiciones que integran el contrato administrativo deben ser conjuntamente interpretadas, de modo tal de dar un acabado sentido a la voluntad de las partes expresada en él, que las ponga en armonía con el régimen legal que rige el contrato. Así ha expresado la CSJN que todo contrato, sea cual fuere su naturaleza, debe celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo a lo que las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión, principios aplicables al ámbito de los contratos regidos por el derecho público.

Ejecución - Conducta de las partes

Es dable exigir a las partes un comportamiento ajeno a los cambios de conducta perjudiciales, desestimando todo lo que implique un obrar incompatible con la confianza que, merced a sus actos anteriores, se ha suscitado en el otro contratante.

Pliego de condiciones

La ley de la licitación o ley del contrato es el pliego donde se especifican el objeto de las contrataciones y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario. Tal circunstancia determina que la concesionaria al formular su propuesta debió obrar con pleno conocimiento de las cosas, pues la magnitud de los intereses en juego le imponía actuar de modo de prever cualquier eventualidad que pudiese incidir negativamente en el resultado económico del contrato, adoptando a ese efecto las diligencias apropiadas que exigían las circunstancias de persona, tiempo y lugar; y si la oferente incurrió en error en la interpretación de las cláusulas contractuales, ésta provendría de una negligencia culpable que impide su invocación.

Concesión de servicios públicos

La función esencial de la regulación es cuidar que los precios (tarifas) del servicio público de electricidad, o de cualquier otro, se asemejen a los que se obtendrían si el mercado funcionara bajo un régimen de competencia. La regulación no sustituye a la competencia, pero permite morigerar considerablemente la acción de los monopolios, protegiendo de esa manera a los usuarios. Y es precisamente a través de las tarifas el modo en que la regulación influye sobre los precios de modo más intenso. Las normas reguladoras deberán exigir la calidad del servicio con los menores costos posibles, de manera que cuando ello ocurra no sólo aumentaran los beneficios de las empresas sino que también esos beneficios podrán trasladarse a los usuarios del servicio por vía de distintas cláusulas previstas en los contratos.

Concesión de servicios públicos

El modo de obtención del cumplimiento de los niveles de calidad exigidos en la reglamentación, las decisiones relativas a las inversiones a realizar, personal a emplear, medios de financiación y demás recursos, son resorte exclusivo de los concesionarios.

Concesión de servicios públicos

Las atribuciones de la 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.

Silencio y ambigüedad de la Administración

El silencio de la Administración no vale como consentimiento tácito de los órganos estatales pues se trata de una conducta inepta para ser considerada como una manifestación positiva de la voluntad, pues salvo disposición expresa del orden normativo, el silencio debe ser interpretado en sentido negativo. Nada debe tomarse como concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia igualmente clara. La afirmación necesita ser demostrada, el silencio es negativa y la duda es fatal para el derecho del concesionario.

Contrato de concesión

En cuanto a la habilitación contenida en el inc. d), art. 56, Ley 24065, para que el ENRE fije las bases de cálculo de las tarifas de los contratos que otorguen concesiones ha de entenderse que esa facultad autoriza al ente a esos efectos cuando tales bases no hayan sido establecidas en el contrato o cuando estando determinadas, corresponde establecer las pautas para su revisión quinquenal. Este criterio 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. En cuanto al inc. a, art. 56, del citado cuerpo legal, sólo se vincula con un deber genérico del regulador, que es propio de su condición, pero no se refiere específicamente a la fijación o revisión de tarifas.

Interpretación

Ninguna cláusula legal, reglamentaria o contractual puede ser analizada aisladamente y con prescindencia de las causas que le dieron origen. Si bien es cierto el principio de supremacía de las normas de rango superior, cuando no existe una contradicción insalvable entre ella y las de jerarquía inferior, la tarea del intérprete impone la búsqueda de una solución que las deje a todas con valor y efecto, pues es principio de correcta hermenéutica evitar que las distintas

cláusulas legales o contractuales se destruyan las unas a las otras.

Pliego de condiciones

No es posible propiciar que se modifique el pliego de una licitación y se agregue una cláusula determinada, para después sostener que tal disposición sería contraria a la ley, y solicitar una revisión de los cargos fijos en contra de lo que se ha pedido y obtenido.

Concesión de servicios públicos

A menos que el contrato de concesión expresamente disponga lo contrario, la Administración no garantiza al concesionario la obtención de una ganancia en la explotación del servicio.

Texto completo de la sentencia

Y VISTOS:

Estos autos caratulados "Central Térmica Güemes c/Resolución ENRE N° 1650 recaída en el expediente de ese organismo n° 4689/98", y

CONSIDERANDO:

I.- Central Térmica Güemes S.A. dedujo recurso directo contra la resolución 1650/98 por la cual el Ente Nacional Regulador de la Electricidad fijó los valores de la remuneración por conexión correspondientes a la transportista de energía eléctrica en alta tensión, aplicables a partir del inicio del segundo período tarifario de acuerdo con lo establecido en el artículo 1° de ese acto, modificando así lo estipulado en el Punto 1.1 del Subanexo II-C del Contrato de Transener S.A.

II.- En atención a la importancia que reviste la resolución impugnada y las múltiples actuaciones administrativas a las que dio origen es conveniente, de modo previo y antes de entrar al conocimiento del recurso deducido, efectuar un

examen acerca de cómo se integró Transener S.A., empresa a la cual se otorgó la concesión del citado servicio y cuyas acciones (en un 65 %) fueron posteriormente licitadas, y qué pautas se tuvieron en cuenta para fijar su remuneración.

III.- Con arreglo a lo dispuesto en la Ley 23.696 (B.O. 23/8/89) se dictó la Ley 24.065 (B.O. 16/1/92), que en su artículo 1° caracterizó al transporte de electricidad como servicio público y en su artículo 93 lo declaró sujeto a privatización. Esa norma fue reglamentada por el Decreto 1398/92 (B.O. 11/8/92), en cuyo artículo 1°), párrafo segundo, se estableció: "Caracterízase a la actividad de transporte como un servicio público por su naturaleza monopólica. No obstante lo cual, comparte las reglas propias del mercado por las particularidades que presenta en lo atinente a su expansión. Tales condiciones deberán ser tenidas en cuenta por la Secretaría de Energía Eléctrica al establecer la regulación específica de tal actividad y por el Ente Nacional Regulador de la Electricidad al ejercer las funciones que le asigna la Ley 24.065".

Posteriormente el Decreto 2743/92 (B.O. 28/1/93), en su artículo 1°, creó la Compañía de Transporte de Energía Eléctrica en Alta Tensión (TRANSENER S.A.), cuyo estatuto social aprobó (art. 2, Anexo I), y a quien adjudicó por el término de noventa y cinco (95) años la concesión del servicio público de transporte de energía eléctrica en alta tensión con arreglo a las condiciones consignadas en el contrato de concesión, cuyos términos se establecieron en el Anexo II de ese decreto que se juzgó parte integrante de él (art. 9). A su vez por ese acto se delegó en el Ministerio de Obras y Servicios Públicos la facultad de llamar a concurso público y aprobar el pliego de bases y condiciones correspondiente (art. 15).

Como consecuencia de ello, el 29 de diciembre de 1992, el citado Ministerio dictó la resolución 1.483/92 (B.O. 16/4/93) por la cual aprobó el pliego de bases y condiciones del Concurso Público Nacional e Internacional para la venta del sesenta y cinco (65 %) del paquete accionario de la Compañía de Transporte de Energía Eléctrica en Alta Tensión y al Régimen de Calidad del Servicio y Sanciones del Sistema de Transporte en Alta Tensión, a la vez que dispuso el llamado respectivo y creó el Comité Privatizador.

Dicho organismo, a raíz de consultas efectuadas por los adquirentes del Pliego de Bases y Condiciones, consideró necesario introducir modificaciones al

contrato de concesión de Transener S.A. (ver considerandos del decreto citado en el párrafo anterior), a su estatuto social y a los Reglamentos de Acceso a la Capacidad de Transporte y al Sistema de Transporte de Energía Eléctrica. Ello dio origen -entre otras- a las Circulares 3, 6, 7, 10 y 11 que exigieron para su convalidación el dictado del Decreto 1343/93 del Poder Ejecutivo Nacional, de fecha 25 de junio de 1993 (B.O. 3/8/93).

En lo que aquí interesa, la Circular n° 3, al referirse al Anexo II - Contrato de Concesión, estableció entre otras modificaciones las siguientes (los textos anteriores a fs. 615/616 del principal: a) en el título de "Definiciones" se reemplazó la del PERÍODO TARIFARIO por el texto siguiente: "Cada uno de los períodos de vigencia de las tarifas que remuneran los servicios suministrados por LA TRANSPORTISTA, según Subanexo II-A del CONTRATO y Artículo 40 y siguientes de la Ley 24.065, a partir de la TOMA DE POSESIÓN". b) También se reemplazó el artículo 5° que quedó redactado del siguiente modo: "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 fecha de TOMA DE POSESIÓN, y los siguientes por DIEZ AÑOS, a contar desde el vencimiento del primer PERÍODO DE GESTIÓN anterior". c) De modo concordante con esa norma se reemplazó el art. 25 del contrato, cuyo nuevo texto quedó así redactado: "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". Además dentro de las modificaciones introducidas en este Subanexo se dispuso que el cuadro tarifario a establecerse se actualizaría por el coeficiente resultante de distintos índices de los Estados Unidos de América, tanto para el período tarifario como para el período de gestión. Por último en el Subanexo II-C se consignaron los valores por conexión y capacidad de transporte y el

de la remuneración por energía eléctrica transportada, este último aplicable durante el primer período tarifario y fijado en cincuenta y cinco millones de pesos por año.

Finalmente, por Decreto 1501/93, del 16 de julio de 1993 (B.O. 6/8/93) se adjudicó el concurso a Citelec S.A., integrada por Duke Transener Incorporated, Eléctrica del Plata Sociedad Anónima, Energy Transener Sociedad Anónima, Inter. Río Holdings Establishment y The Argentine Investment Company, quienes tomaron posesión de Transener S.A. el día 17 de julio de 1993, fecha a partir de la cual comenzaron a computarse los períodos tarifario y de gestión.

IV.- Cabe aquí examinar cómo se integró la tarifa de Transener, cuya primera revisión es la que dio origen a estas actuaciones

a) La Ley 24.065 estableció principios generales en materia tarifaria que podrían resumirse básicamente en el concepto tradicionalmente conocido como "tarifas justas y razonables". En cuanto a su determinación en concreto, el art. 42, dispuso que "Los contratos de concesión a transportistas y distribuidores incluirán un cuadro tarifario inicial que será válido por un período de cinco años y se ajustará a los siguientes principios...", y el art. 43 estableció que "Finalizado el período inicial de cinco años el ente fijará nuevamente las tarifas...". Por último, en lo que en autos interesa, el art. 46 autorizó a los transportistas y distribuidores a solicitar al Ente las modificaciones que consideren necesarias, siempre que dicho período se hiciera sobre la base de circunstancias objetivas y justificadas.

b) A su vez la Secretaría de Energía dictó diversas resoluciones con arreglo a lo dispuesto en el art. 36 de la ley, 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" [conf. res. ex SEE 61/92 (B.O. 13/5/92); SE 137/92 (B.O. 15/1/93), etc.], en adelante "Los Procedimientos".

En el Anexo 16, de la Sección 4 de esta reglamentación se dispuso que "La remuneración de la CONCESIONARIA DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE EN ALTA TENSIÓN EXISTENTE, calculada conforme se establece en las Resoluciones de la Secretaría de Energía, dictadas de acuerdo a lo requerido por el art. 36 de la Ley 24.065, estará integrada por los siguientes conceptos: i) CONEXIÓN: son los ingresos que percibirá por operar y mantener, conforme a la calidad de servicio requerida, todo EQUIPAMIENTO DE CONEXIÓN Y TRANSFORMACIÓN dedicado a vincular con el SISTEMA DE TRANSPORTE DE ENERGÍA ELÉCTRICA EN ALTA TENSIÓN EXISTENTE, a sus USUARIOS DIRECTOS o a otras TRANSPORTADORAS; ii) CAPACIDAD DE TRANSPORTE: son los ingresos que percibirá por operar y mantener conforme a la calidad de servicio requerida, el EQUIPAMIENTO DE TRANSPORTE dedicado a interconectar entre los distintos nodos del SISTEMA DE TRANSPORTE DE ENERGÍA ELÉCTRICA EN ALTA TENSIÓN, incluyendo el Sistema de Medición Comercial (SMEC); y iii) ENERGÍA ELÉCTRICA TRANSPORTADA: son los ingresos que percibirá por: 1) la diferencia entre el valor de la energía recibida en el nodo receptor y el de la suministrada en el nodo de entrega, cuando los precios entre ambos nodos se diferencien por el

valor marginal de pérdidas del transporte; 2) el valor de los sobrecostos producidos a los consumidores vinculados a los nodos receptores, por las indisponibilidades de larga y corta duración del SISTEMA DE TRANSPORTE DE ENERGÍA ELÉCTRICA EN ALTA TENSIÓN

EXISTENTE, calculados con las tasas de indisponibilidad anuales y a precios de ENERGÍA NO SUMINISTRADA, que a éste único efecto se establecen, los valores para fallas de larga y corta duración".

En el artículo 1° de ese mismo Anexo (art. 2 del Subanexo II-A del contrato de concesión de transporte, (fs. 213 del principal) se consigna que la remuneración de ENERGÍA ELÉCTRICA TRANSPORTADA se fijará para cada PERÍODO TARIFARIO y será la que surja del promedio de los ingresos anuales pronosticados por dicho período. Los cálculos de tales pronósticos serán realizados por CAMMESA y elevados con opinión de la CONCESIONARIA para la aprobación del ENRE. Y en el art. 2° de ese ordenamiento se contempla que la remuneración que la CONCESIONARIA percibirá por el servicio prestado a través de ampliaciones realizadas por el RÉGIMEN DE CONCURSO PÚBLICO, conforme con lo dispuesto en el TÍTULO III del REGLAMENTO DE ACCESO A LA CAPACIDAD EXISTENTE Y AMPLIACIÓN DEL SISTEMA DE TRANSPORTE DE ENERGÍA ELÉCTRICA, será: "i) durante el PERÍODO DE EXPLOTACIÓN, la establecida en el art. 1° de la presente". A ello cabe agregar que por resolución SEE 208/98 (B.O. 27/05/98) distintas inversiones fueron calificadas como ampliaciones y, por tanto, encuadradas en el régimen previsto para estas últimas.

c) En el contrato de concesión celebrado entre la Secretaría de Energía y Transener S.A., se estableció en el art. 8 del Subanexo II-A que "A partir del segundo período tarifario, la remuneración de LA CONCESIONARIA, por los conceptos de CONEXIÓN Y CAPACIDAD DE TRANSPORTE, podrá ser reducida anualmente por un coeficiente de estímulo a la eficiencia, que fijará el ENTE y que no podrá ser superior al UNO POR CIENTO (1 %) anual ni acumular en el resto del PERÍODO DE GESTIÓN más del CINCO POR CIENTO (5 %)" (fs. 214 del principal).

Además en el Subanexo II-B del contrato se determinó que "...EL ENTE NACIONAL REGULADOR DE LA ELECTRICIDAD (ENRE), determinará al inicio de cada PERÍODO TARIFARIO, las líneas comprendidas en cada categoría, pudiendo incorporarse nuevas líneas que provoquen modificaciones

significativas en la topología del SISTEMA ELÉCTRICO, y revisar la calificación asignada" (art. 2º, fs. 216); y en el artículo 28 se dispuso que "Los coeficientes aplicables para el cálculo del valor horario de sanciones, incluidos en el artículo 29 del presente, serán revisados por el ENRE AL FINALIZAR CADA PERÍODO DE GESTIÓN" (fs. 219). Cabe aquí aclarar que en las definiciones contenidas en el contrato se diferencia el PERÍODO DE GESTIÓN, que es cada uno de los períodos de quince (15) y diez (10) años en que se divide el plazo de concesión, del PERÍODO TARIFARIO, que es 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 el artículo 40 y siguientes de la Ley 24.065, a partir de la toma de posesión. Tal distinción entre ambas clases de plazo surge también del art. 25 cuando dice "Por el término del primer PERÍODO DE GESTIÓN las remuneraciones serán establecidas en el cuadro de valores aplicables a dicho período, integrante del Subanexo II-C del CONTRATO (fs. 220), en el cual se establecen los valores de cálculo por el primer período tarifario para cada uno de los rubros que integran la tarifa y se fija en dos (2) millones de pesos, el monto máximo de inversión de las

ampliaciones para ser consideradas ampliaciones menores.

Es decir, que con arreglo al citado art. 25 del contrato de concesión y el art. 1º del Subanexo II-A, los cargos fijos por conexión y capacidad de transporte, mantendrían sus valores -sujetos a la actualización del modo en que precedentemente se ha explicado- por el término del primer período de gestión (15 años), que eran los fijados en el Subanexo II-C. En tanto el cargo por energía eléctrica transportada, debía determinarse para el nuevo período tarifario (cinco años) y sería equivalente al resultado que arrojaría el promedio de los ingresos anuales pronosticados por dicho concepto para el período tarifario.

V.- De acuerdo con lo expuesto, al vencer el primer período tarifario, el ENRE debía convocar una audiencia pública para el tratamiento de los cuatro temas vinculados a la remuneración del transporte de energía eléctrica en alta tensión establecidos en el Subanexo II- A y B, es decir: a) la remuneración variable por energía eléctrica transportada (RVT); b) el coeficiente de estímulo a la eficiencia; c) el sistema de premios y d) la recategorización de las líneas. (conf. además de las cláusulas citadas la resolución ENRE 693/98, del 13/5/98 [fs. 85/87 del expte ENRE 4689/98]; informe final de la instructora presentado antes de la audiencia [fs. 430] y encabezamiento de dicho acto [fs. 605]. El llamado a esa reunión se hizo por resolución n° 644/98, del 22 de abril de 1998, y como fecha para su

realización se estableció el 29 de mayo de ese año.

Durante el período de instrucción previo a la audiencia CAMMESA elevó sendos informes sobre: a) el cálculo de la remuneración por energía eléctrica transportada (fs. 95/146), con las observaciones formuladas por la transportista (fs. 147/162); b) el coeficiente de estímulo a la eficiencia (fs. 193/200) y c) recategorización de líneas (fs. 172/173 todas del expediente administrativo agregado).

VI.- En el primero de esos informes la administradora del MEM consignó que la remuneración por energía eléctrica transportada (RVT) se había calculado sobre la base de tres escenarios posibles relativos a crecimiento de demanda diferenciados por la proyección de exportación. Así, para un crecimiento de demanda del 3,5 % sin exportación se estableció la suma de \$ 23,45 millones anuales de RVT por el quinquenio; para un crecimiento del 5 % con exportación de 1000 MW se fijaron \$ 25,04 millones anuales para los cinco años siguientes y para un crecimiento del 7 % con exportación de \$ 33,7 millones anuales para el mismo período (fs. 117 del expediente administrativo).

Asimismo se realizaron tres análisis de sensibilidad con los que se condicionaron los resultados obtenidos: i) para una variación de oferta en el centro de carga. Al respecto, para una variación de 500 MW de demanda, o de generación fuera del área del Comahue, correspondía un aumento de 1,2 millones en la RVT, en el escenario de crecimiento del 5 %; ii) incorporación de un ciclo combinado de 450 MW en Comahue. En caso de tal incremento de generación en el Comahue, correspondía un aumento de 3 millones de pesos en la RVT para un escenario de demanda de crecimiento del 7 %; iii) hipótesis de mejor disponibilidad de los ciclos combinados ingresantes en el centro de carga en el primer año de su puesta en servicio, en cuyo caso correspondía una disminución de la RVT en \$ 0,5 millones (fs. 119/120 del expediente que corre por cuerda).

VII.- Respecto de las observaciones realizadas por Transener al informe de CAMMESA (fs. 146/160), la transportista estimó que la volatilidad reconocida por la propia administradora del MEM, hacía que la estimación del valor de la energía eléctrica transportada fuese prácticamente imposible de realizar con un adecuado grado de certeza, y que los resultados a que CAMMESA había arribado concernientes a la remuneración por energía eléctrica transportada, resultaban totalmente inconsistentes y violatorios de los principios tarifarios contenidos en los arts. 2 inc. d) y e), 40, 41, 42, 43 y concordantes de la Ley

24.065. Sobre la base de distintas metodologías y escenarios diferentes, concluyó en que las remuneraciones fijadas por CAMMESA para la RVT deberían incrementarse entre 23 y 32,5 millones de dólares anuales para el próximo período tarifario. Como se ha expuesto párrafos más arriba, la transportista sin expresar motivos concretamente fundados, sino que de modo poco claro y preciso, estimó que debía procederse a la revisión de la tarifa de acuerdo a las normas legales citadas, porque cualquiera de los escenarios descriptos por CAMMESA a los efectos de establecer su remuneración sería contrario al principio de rentabilidad razonable.

VIII.- En esta etapa previa a la audiencia se presentó la Asociación de Distribuidores de Energía Eléctrica de la República Argentina (ADEERA) (fs. 201/304 del expediente administrativo), quien en términos generales coincidió en la necesidad de hacer una revisión amplia de la tarifa, y que, hasta tanto ello se cumpliera, debía llegarse a un acuerdo tarifario entre el ENTE y la transportista.

Los generadores Central Térmica Güemes S.A. (fs. 305/311 y 417/419), el Grupo de Generadores del Comahue (GGC) (fs. 358/398) y la Asociación de Generadores de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGEERA) (fs. 403/416), presentaron informes - en el caso de la segunda de las nombradas uno que había encargado a la consultora NERA-, que en términos generales se opusieron a que en la audiencia se trataran otros puntos que los que habían sido expresamente consignados al momento de su convocatoria y porque admitir una revisión total de la remuneración de la transportista de energía eléctrica en alta tensión, constituiría un desconocimiento de las cláusulas contractuales y del sistema remuneratorio adoptado para esa actividad. Además en el informe de la nombrada consultora se hizo expresa referencia a lo concerniente a la remuneración por energía eléctrica transportada (fs. 364/376), y al sistema de premios (fs. 377/381), y se formuló una propuesta de los generadores para cada uno de los items (fs. 381/382).

IX.- Para cerrar la etapa instructoria CAMMESA presentó un nuevo informe (fs.240/430 del expediente administrativo), en el que, en términos generales, reiteró las conclusiones a las que había arribado en los anteriormente presentados (fs. 95/162; 172/173 y 193/200). Consignó que los cuatro temas objeto de la audiencia a realizarse eran: a) Remuneración Variable de Energía Eléctrica Transportada (RVT); b) coeficiente de estímulo a la eficiencia; c) sistema de premios; y d) recategorización de líneas.

X.- La audiencia pública se celebró los días 29 de mayo y 2 de junio (fs. 605/674 y 679/729). Dicho acto se llevo a cabo con la presencia de los interesados, quienes expusieron en el siguiente orden: Transener (fs. 618/638, 687/691, 692, 697/700, 705/706, 713/717), Grupo de Generadores del Comahue (GGC) (fs. 638/671, 700/703, 717/724), ATEERA (fs. 661/666, 695/696), AGEERA (fs. 666/674, 693/694, 724/25) Central Térmica Güemes S.A. (fs. 674/676), ADEERA (fs. 679/686, 724), AGUEERA (fs. 704, 725/728), asociación que además presentó una propuesta para el establecimiento del sistema de premios (fs. 740/763) y el Defensor del Usuario (fs. 708/713).

XI.- Una vez finalizada, pero antes de decidirse sobre los temas planteados, el ENRE dictó la resolución n° 1013/98 (fs. 37 del principal) por la cual prorrogó a partir del 17 de julio de ese año, a los efectos de su procesamiento en el MEM, la vigencia de los valores de remuneración aplicables a esa fecha en el contrato de concesión de "Transener S.A." así como las estipulaciones contenidas en los Reglamentos de Calidad de Servicio y de Sanciones del Sistema de Transporte en Alta Tensión.

XII.- Por nota del 23 de julio de 1998 el ENRE requirió a Transener el aporte de mayor información sobre sus costos operativos tanto incurridos como proyectados [fs. 765/768] y respecto de la determinación de la base de capital y del nivel de la tasa de rentabilidad razonable que juzgaba necesario reconocer sobre él. A su vez, el Grupo de Generadores del Comahue (GGC), pidió al Ente la resolución de los puntos objeto de la audiencia celebrada, sin que se expidiera acerca de las pretensiones de la transportista de revisar la totalidad de la fórmula utilizada para calcular la tarifa.

XIII.- Recibida la documentación de Transener y agregados el informe producido por AGUEERA y la presentación del GGC, el Área de Análisis Regulatorios y Estudios Especiales del ENRE elevó a su directorio (fs. 988/1050, el 5/8/98) un informe respecto de la situación de la actividad del transporte de energía eléctrica en alta tensión, especialmente en virtud de su carácter de servicio público, con el fin de asegurar su correcta prestación y continuidad en los términos previstos por la Ley 24.065.

En cuanto a la remuneración por energía eléctrica transportada la instructora recordó que Transener había percibido por tal concepto durante el primer quinquenio \$ 55.000.000 anuales, es decir, un importe aproximado a los \$ 275.000.000 durante el período. Sostuvo que el escenario denominado Alto, que

preveía un crecimiento del 5 % para el período 1998/2000 y del 7 % para el período 2001/2003, era el que se presentaba en ese entonces como más aceptable a la luz del comportamiento que a esa época tenía la demanda, cuyo crecimiento era por ese entonces del 6 %, a lo que agregó que de acuerdo con las "Prospectivas del Sector Eléctrico", documento elaborado por la Secretaría de Energía, se planteaban dos hipótesis de exportación a Brasil, de 1.000 MW y de 2.500 MW respectivamente, que se correspondían con las hipótesis elaboradas por CAMMESA para el escenario que arrojaba el mayor valor de remuneración por energía eléctrica transportada (fs. 995).

En lo atinente al factor de estímulo a la eficiencia se estimó conveniente fijar el consignado en el informe de fs.192, toda vez que en ese momento sólo había transcurrido el primer periodo tarifario de una concesión prevista a noventa y cinco años, y que el factor de estímulo a la eficiencia (FACTOR X) quedaría incorporado al sistema de remuneración del transporte, por ello se consideró adecuado introducir este factor de manera gradual, de modo de alcanzar, hacia el final del primer periodo de gestión, el porcentaje anual máximo del 1 % y el tope máximo acumulado del 5 %. A partir del importe que en ese entonces representaban los cargos fijos (44,38 millones de pesos), la reducción total (transferencia a la tarifa) en los siguientes diez ejercicios sería del orden de 9,3 millones de pesos (fs. 996).

En lo concerniente al sistema de premios se tuvo como razonable (fs. 997) establecer un premio que tuviese en cuenta el nivel de calidad registrado en el primer período tarifario, utilizando la disponibilidad media de los equipamientos en dicho lapso. Ello porque la calidad de servicio en el sistema de transporte se mide sobre la base de la disponibilidad de los equipamientos y su incumplimiento es sancionado mensualmente. Por tal razón se juzgó oportuno que dicho premio fuese directamente proporcional a la disponibilidad de los equipamientos y a los montos de las sanciones aplicadas durante el primer período tarifario, que se determinase en ocasión de aplicarse las sanciones mensuales referidas. Es decir, que el premio mensual a aplicar, para cada tipo de equipamiento penalizado, se computaba cuando la transportista superase la disponibilidad media y/o mejorase la tasa de falla históricas de cada uno, registrado en el primer periodo.

En cuanto a la recategorización de las líneas se sugirió mantener la señal económica implícita en el sistema de recategorización. Se sostuvo que era adecuado que tal recalcule anual se llevase a cabo en oportunidad de realizar

CAMMESA la programación estacional de verano (fs. 698).

Respecto del planteo de Transener se sostuvo que debía examinárselo a la luz del art. 56 inc. d) de la Ley 24.065 que confiere al Ente facultades para establecer tarifas como así también las bases para su cálculo en los contratos que otorgasen concesiones a los transportistas; y, por último, se señaló que en atención al carácter netamente reglamentario de las tarifas, la Autoridad Pública encargada de fijarlas tenía amplitud para hacerlo.

Finalmente se aconsejó al ENRE resolver acerca de los temas planteados en la audiencia celebrada y fijar una nueva para tratar las cuestiones relativas a la base de capital, inversiones y gastos operativos que habrían de admitirse como propios de una gestión eficaz y eficiente de la concesionaria, no sólo por la erogación en ella implícita sino también por la incidencia que aquellas, en especial las inversiones, tendrían sobre la calidad del servicio a prestar por la transportista a los efectos de que pudieran ser escuchados todos los interesados.

XIV.- Sobre la base de los argumentos vertidos en la audiencia y en el informe de fs. 988/1050, el ENRE (fs. 1083/1107) dictó la resolución n° 1319/98, del 5/8/98, por la cual, siguiendo en términos generales las conclusiones del informe que la precedió y que han sido sintéticamente expuestas en el punto anterior, decidió 1°) Aprobar como valor de la remuneración anual por el concepto de energía eléctrica transportada, el de PESOS TREINTA Y TRES MILLONES CIENTO SETENTA MIL (\$ 33.170.000), conforme al escenario de cálculo identificado como "Alto" en el informe de CAMMESA; 2°) Aprobar el factor de estímulo a la eficiencia (Factor X) de acuerdo a lo establecido en el informe precedente; 3°) Establecer el sistema de premios, al que se refiere el Subanexo II-B del Contrato de Concesión de Transener S.A., conforme a la metodología de cálculo y de asignación del pago entre los usuarios y demás especificaciones, que se detallan en el citado informe; 4°) Prorrogar hasta el 31 de octubre de 1998, la vigencia de las categorías asignadas a las líneas del sistema de transporte en alta tensión por la resolución ENRE 585/96, y aprobar la metodología de categorización de las líneas de dicho sistema incorporada al Anexo III de la presente resolución que tendrá vigencia a partir del 1° de noviembre de 1998; 5°)..., 6°) Convocar a la Audiencia Pública que se realizará el día 27 de agosto de 1998 a las 10.00 horas... con el objeto de analizar, con relación a la remuneración de la Compañía de Transporte de Energía Eléctrica en Alta Tensión: a) las previsiones de

inversión y costos operativos presentados por "Transener S.A."; b) el monto de capital sobre el cual "Transener S.A." entiende que debe aplicarse la tasa de rentabilidad; c) la tasa de rentabilidad propuesta por "Transener S.A."; e) el modo en que se trasladaría a los distintos usuarios del sistema de transporte, una eventual diferencia que pudiera surgir entre la remuneración que finalmente resulte aprobada y la que se correspondería estrictamente con lo dispuesto en los arts. 1º, 2º, 3º y 4º de la presente resolución; 7º)... ; 8º)... ; 9º) Suspender la aplicación de lo resuelto por los artículos 1º a 4º de la presente resolución, hasta tanto el ENTE NACIONAL REGULADOR DE LA ELECTRICIDAD, resuelva en forma definitiva las cuestiones que serán analizadas en la Audiencia Pública convocada por el artículo 6º) de la presente resolución..."

XV.- En lo que aquí interesa Central Térmica Güemes S.A. planteó un recurso de revocatoria contra la resolución dictada (fs. 1801/1808), en el cual impugnó la legitimidad y validez de su art. 9º, en cuanto suspendía la aplicación de lo dispuesto por los arts. 1º, 2º, 3º y 4º de dicha resolución, hasta tanto se decidiese de modo definitivo acerca de los planteos efectuados por Transener S.A. en la audiencia que dio origen al acto impugnado. En esa presentación el generador solicitó expresamente que se dispusiese en forma inmediata la aplicación del cuadro tarifario de Transener S.A. aprobado por los artículos 1º, 2º, 3º y 4º de la resolución ENRE 1319/98 y en forma retroactiva al día 17 de julio de ese año (conf. fs. 1801, II-OBJETO, y fs. 1807, X-PETITORIO, Punto 3, del expediente 4689). Ese recurso fue rechazado por resolución ENRE 1646/98, emitida el 4 de noviembre de 1998 (fs. 75/87 de los autos principales).

XVI.- Con posterioridad al dictado de la resolución 1319/98 se presentaron las distintas partes efectuando diversos planteos (fs. 1153/1155; 1159/1164; 1188/1189) y finalmente Transener S.A. elevó los informes que le habían sido requeridos (fs. 1.200/1371). A fs. 2169/2281 se agregó el informe final producido por la instructora y sobre cuya base se elaboró la resolución ENRE 1650/98, emitida el 4 de noviembre de 1998 (fs. 2374/2436), que es aquella contra la cual Central Térmica Güemes dedujo recurso de alzada el 14 de diciembre de ese año (fs. 149/169 del principal), que al no haber sido resuelto hasta 1º de diciembre de 1999, motivó el recurso directo que dio origen a estas actuaciones, presentado el 7 de diciembre de ese año. Cabe destacar, por lo demás, que por Resolución 660/99 de la Secretaría de Energía, emitida el 1º de diciembre de 1999, se rechazó la alzada interpuesta por la Central Térmica Güemes, pronunciamiento que fue notificado al generador recién el 17 de ese mes y año.

XVII.- En su presentación ante este Tribunal (fs. 2/31 del principal) Central Térmica Güemes S.A. planteó sustancialmente, como agravio central contra la resolución 1650/98, la incompetencia del ENRE para obrar como lo hizo, modificando la tarifa inicial fijada por el Poder Ejecutivo Nacional en el respectivo contrato, cuando sólo estaba autorizado para así proceder respecto de los puntos taxativamente previstos en la resolución 644/98 de convocatoria a la audiencia. Sostuvo que, además, en el caso no se daban las pautas establecidas en el art.46 de la Ley 24.065 para efectuar una revisión total de la tarifa al no haberse acreditado las circunstancias objetivas y justificadas que habilitasen al Ente a ejercer las facultades que esa norma le confería. Explicó que la revisión de los cargos fijos al finalizar cada periodo de gestión no era contraria a la revisión quinquenal de las tarifas prevista en la ley, en la medida en que esta última era una norma general y el contrato consagraba una excepción a ella, inteligencia con la cual se superaba cualquier incongruencia entre las normas y las dejaba a todas con valor y efecto. Manifestó que la alegación acerca de la rentabilidad razonable del concesionario del servicio público no era atendible si no se demostraba que se había arribado, por causas ajenas al prestador, a una situación de irrazonabilidad, y que ello nada tenía que ver con el interés público pues lo que se encontraba en disputa era la tasa de retorno de la transportista, sin que se pudiese sostener, a partir de los elementos obrantes en la causa, que se

encontraba comprometida la regularidad del servicio. Alegó que no era posible que el PEN al confeccionar y firmar el contrato lo hubiese hecho en contra de lo prescripto por la ley. Por lo demás señaló circunstancias que a su juicio constituían violaciones al derecho de defensa en juicio, tales como, por ejemplo, el escaso lapso que tuvo para examinar la documentación presentada por Transener y la indeterminación de esta, que no permitía distinguir entre actividades reguladas y no reguladas. Planteó la nulidad del acto impugnado por falta de motivación. Puntualmente cuestionó el monto de la remuneración variable por transporte de energía eléctrica y el sistema de premios, además de indicar que los cargos fijos, que no podían ser modificados, habían sido aumentados, en el caso de los cargos por conexión en un ciento sesenta por ciento.

XVIII.- Al examinar el recurso presentado debe resolverse previamente si éste se dirige contra un acto definitivo y si esta agotada la instancia administrativa a su respecto, o si, en el caso, era necesario -para salvar la falta de configuración de

ese último requisito- deducir una nueva impugnación contra la resolución 660/99 de la Secretaría de Energía, pues si bien dicho acto fue emitido tardíamente esa circunstancia no obstaba a que la Administración obrara como lo hizo.

Para ello debe establecerse, tal como ya se dijo precedentemente, que al interponer el generador el recurso directo contra la resolución ENRE 1650/98 el plazo legal para resolver la alzada se hallaba vencido holgadamente, pues esta fue presentada el 14 de diciembre de 1998 y resuelta recién el 1° de diciembre de 1999, en tanto la notificación al interesado fue efectuada el 17 de diciembre de este último año, cuando Central Térmica Güemes S.A. ya había deducido la presente impugnación diez días antes.

En las particulares circunstancias del caso exigir una nueva impugnación formal de la resolución 660/99 para tener por habilitada la vía recursiva constituiría un exceso ritual manifiesto incompatible con los principios que informan el procedimiento administrativo e importaba premiar la conducta de la Administración morosa que se vería así beneficiada con su obrar negligente y tardío.

En efecto, ninguna de las partes ha planteado formalmente esta cuestión e incluso en la audiencia celebrada en la sede de este Tribunal (fs. 686) tanto el generador recurrente como Transener S.A. y el ENRE, por medio de sus letrados y apoderados, acordaron establecer que la materia en discusión "es si el Ente Nacional Regulador de la Energía Eléctrica al dictar la resolución 1650/98 se ha ajustado a las pautas establecidas en la Ley 24.065 y en el Contrato de Concesión".

A ello cabe añadir que, al momento de examinar la prueba presentada por Transener -entre la que se encontraba copia de la resolución 660/99 de la Secretaría de Energía- la recurrente planteó su falta absoluta de fundamentación determinante de su nulidad y la violación al principio de igualdad que ella importaba al haber tratado los agravios de las demás partes pero no los suyos enderezados a obtener la declaración de ilegitimidad del acto, conducta que mantuvo al momento de alegar por considerar nula esa decisión por falta de dictamen jurídico (ver fs. 724).

En esas condiciones resulta aplicable al sub lite la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re "A.688.RECURSO DE HECHO. "Abud, Juan Abraham y otros c/Municipalidad del Partido de General Pueyrredón", del 13 de

febrero de 1990. En esos autos, ante la afirmación del tribunal de la instancia anterior concerniente a que "la acción contencioso administrativa no era procedente por no haberse configurado un supuesto de denegación tácita que habilitara la revisión judicial..." y "que, no obstante ello, tal deficiencia formal podría haberse superado si los actores hubieran impugnado en autos los decretos mediante los cuales el intendente había rechazado sus reclamos..", la Corte sostuvo que al haber "... presentado los recurrentes, después de examinar los expedientes administrativos remitidos por la comuna, ..." un escrito en el cual desarrollaron agravios directamente dirigidos a cuestionar los fundamentos de los decretos mencionados por el a quo, la decisión recurrida era descalificable con arreglo a la doctrina sobre arbitrariedad de sentencias.

Lo expuesto es motivo suficiente para que este tribunal conozca del recurso de apelación deducido contra la resolución 1650/98 del ENRE.

XIX.- Cabe aquí examinar la competencia del ENRE en materia tarifaria para lo cual es necesario separar los planteos que con base en la incompetencia de ese organismo se han formulado.

a) En primer término debe considerarse si el regulador, podía en el caso, ejercer la facultad contemplada en el art. 56 inc. d) de la Ley 24.065, es decir, "... Establecer las bases para el cálculo de la tarifa de los contratos que otorguen concesiones a transportistas y distribuidores y controlar que las tarifas sean aplicadas de conformidad con las correspondientes concesiones y con las disposiciones de la ley..." o debía limitar su actuación a lo prescripto en el inc. a) de esa norma "... hacer cumplir la presente ley, su reglamentación y disposiciones complementarias, controlando la prestación de los servicios y el cumplimiento de las obligaciones fijadas en los contratos de concesión...", en virtud de haber sido el Poder Ejecutivo Nacional quien al aprobar el contrato de concesión incluyó las bases del cuadro tarifario inicial y su modo de revisión, en ejercicio de las facultades que le habían sido otorgadas por la Ley 23.696 de Reforma del Estado.

b) Lo concerniente a la preeminencia de esta última ley sobre la 24.065 no fue propuesto por el apelante en ninguna de sus presentaciones en sede administrativa (fs. 305/311, 417/419, 674/676, 1148, 1153/1155, 1801/1808; 2003/2005 y 149/169 del principal), quien durante la etapa cumplida en aquel ámbito se limitó a plantear la imposibilidad de hacer una revisión completa de la fórmula por no encontrarse acreditadas las circunstancias previstas en el art. 46

de la ley marco de sistema eléctrico.

c) En cuanto a la habilitación contenida en el art. 56 inc. d) para que el ENRE fije las bases de cálculo de las tarifas de los contratos que otorguen concesiones ha de entenderse que esa facultad autoriza al Ente a esos efectos cuando tales bases no hayan sido establecidas en el contrato o cuando estando determinadas -como en el caso- corresponde establecer las pautas para su revisión quinquenal. Es decir, esta autorización legal no puede ir más allá de los términos contractuales, por lo que su ejercicio en el sub lite se limitaba a los cuatro rubros para los que fue convocada la audiencia del 29 de mayo, es decir, remuneración variable por energía eléctrica transportada, el coeficiente de estímulo a la eficiencia, el sistema de premios y la recategorización de las líneas.

d) Este criterio es el que mejor se concilia con la disposición del artículo 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. En cuanto al inc. a) del art. 56 sólo se vincula con un deber genérico del regulador, que es propio de su condición, pero no se refiere específicamente a la fijación o revisión de tarifas.

e) Queda claro, entonces, que el ENRE para obrar como lo hizo al dictar la resolución 1650/98 ejerció las facultades establecidas en los arts. 46 a 48 de la Ley 24.065, por considerar que "la revisión tarifaria prevista en el Contrato de Concesión ha devenido irrazonable en tanto lleva a valores de remuneración que no se corresponden con los que surgen de aplicar los criterios de razonabilidad de la Ley 24.065" (fs. 134 y 135 vta. del principal). Al ser ello así, la legitimidad del obrar administrativo estaba sujeto -como se ha dicho precedentemente- a que existiesen causas objetivas y justificadas, debidamente comprobadas en las actuaciones labradas.

XX.- Para determinar si los presupuestos contenidos en la norma del citado art. 46 se encontraban cumplidos habilitando al regulador para ejercer la facultad en él establecida, debe hacerse un examen acerca de cómo se conformó la tarifa del transporte de energía eléctrica en alta tensión y cuáles fueron las obligaciones asumidas por la transportista de conformidad con las normas vigentes.

Existe coincidencia entre las partes en que el cuadro tarifario inicial estaba integrado por: cargo por conexión, cargo por capacidad de transporte y remuneración por energía eléctrica transportada. Con arreglo a las modificaciones introducidas por la Circular 3° dictada por el Comité Privatizador a raíz de consultas de los intervinientes en el concurso para la venta del 65 % de las acciones de Transener, se estableció que los valores asignados originalmente a las remuneraciones por capacidad y conexión, regirían ya no por un período tarifario sino por el primer "Período de Gestión", que se extendía por quince años y representaba tres períodos tarifarios.

Hay también acuerdo acerca de que la transportista tenía como obligación operar y mantener las redes existentes, ya que las ampliaciones debían hacerse por concurso público y se remuneraban durante el primer período de concesión, con un canon fijo, que cubría el monto de la obra realizada, generalmente por un lapso de diez o quince años, y sólo con posterioridad era aplicable la remuneración del transporte de energía eléctrica en alta tensión. A ello cabe agregar que como consecuencia de la Resolución 208/98 varias inversiones presentadas como tales por Transener con motivo de la segunda audiencia, fueron consideradas como ampliaciones y, por lo tanto, no incluidas a los fines de fijar la tarifa, debiendo regirse por el mecanismo indicado en la normativa pertinente.

La remuneración variable por energía eléctrica transportada se fijó en la suma de pesos cincuenta y cinco millones (\$ 55.000.000) anuales durante el primer quinquenio y para el caso de que lo recaudado por CAMMESA fuese menor que ese monto, se creó la Cuenta de Apartamientos del Transporte (resolución 137/92 modificatoria de "Los Procedimientos"), para cubrir esas eventuales diferencias.

En síntesis, al adquirir las acciones de Transener S.A. la sociedad adjudicataria conocía fehacientemente el modo de remuneración por el transporte y la base de cálculo de la tarifa, circunstancia con la cual estuvo de acuerdo -pues caso contrario no se explica como entró en el negocio- y tuvo oportunidad de hacer las observaciones que ella estimaba pertinentes, lo cual se desprende de la cantidad de circulares dictadas por el Comité Privatizador ante pedidos de aclaraciones de los adquirentes del pliego.

Durante el primer período tarifario Transener S.A. percibió (ver informe de fs. 420/430 que la instrucción elevó al ENRE antes de la celebración de la primera

audiencia), según datos tomados al 29/5/98 los siguientes importes anuales: i) por conexión: \$ 10.806.591; ii) por capacidad \$ 33.569.366 y iii) por energía eléctrica transportada \$ 59.706.597; es decir un total de \$ 104.082.550 anuales para una disponibilidad del 100 %. Tomando porcentualmente esos rubros el primero de ellos importaba el 10,5 % de la remuneración anual, el segundo el 32,5 % y el tercero un 57 %.

Por su parte en la audiencia celebrada el 29 de mayo de 1998 su representante expresó, después de detallar las condiciones en que había recibido la empresa, que con inversiones por setenta y cinco millones de dólares (u\$s 75.000.000) habían incrementado los límites de transmisión en un 57 % (fs. 617/38, en especial fs. 628). Es decir, que en el quinquenio había percibido aproximadamente quinientos veinte millones de dólares, sumando todos los cargos, y doscientos setenta y cinco millones en concepto de energía eléctrica transportada, habiendo efectuado inversiones en el sistema por la suma antes indicada, sin contabilizar las penalidades que pudiesen habersele aplicado en ese lapso.

No hay dudas de que la transportista se encontraba conforme con esos valores, pues ningún reclamo hizo acerca de que ellos le impidieran obtener una tasa de retorno razonable, y que los componentes elegidos para remunerar tanto operación y mantenimiento como los demás rubros, cubrían adecuadamente los items contemplados en la ley como determinantes de la tarifa justa y razonable. En ese sentido cabe destacar las palabras del ingeniero Carlos Bastos, quien expuso en nombre del Grupo de los Generadores del Comahue, (fs. 1990/2003, en especial fs. 1997), al decir que "... Hay una aceptación implícita por parte de Transener y de todos los actores del mercado, dado que no ha habido impugnaciones a la tarifa anterior, en el sentido de que la rentabilidad que implícitamente tenía la tarifa del primer período era adecuada".

A modo de síntesis cabe establecer que la tarifa de Transener se encontraba basada en tres cargos: de conexión, capacidad y la remuneración variable del transporte. Los dos primeros eran fijos por su naturaleza y ajustables cada período de gestión (15 años y 10 años respectivamente) y la restante era variable y se debía ajustar cada período tarifario (5 años), sin perjuicio de la actualización pactada. A ello cabe agregar que la transportista de energía eléctrica en alta tensión no estaba obligada a hacer inversiones, pues su responsabilidad se limitaba a operar y mantener, dado que las ampliaciones tenían un régimen propio establecido en el contrato.

Y esa circunstancia ha sido reconocida en el informe de la consultora de Transener, en el que se dejó constancia de que no existía en el contrato cláusula alguna que previese su remuneración.

XXI.- Antes de continuar con el desarrollo de los motivos que llevaron a la concesionaria a efectuar el pedido que motivó al ENTE a reformular los cargos fijos en el primer período quinquenal, debe destacarse que ninguna contradicción existía entre la ley, los pliegos y el contrato en cuanto a los términos por los cuales se fijaron los cargos de conexión y capacidad y la remuneración variable del transporte (RVT), que era la energía eléctrica transportada.

En efecto, es común entender que los contratos administrativos están integrados por dos tipos de disposiciones: aquellas normativas o reglamentarias, que rigen el desarrollo de la actividad sobre la cual versa el contrato, y aquellas otras denominadas contractuales, contenidas en el pliego de bases y condiciones, que hacen a la parte volitiva del contrato y pueden incluir especificaciones ajenas -pero no contrarias- a la normativa básica. Es que el Pliego, en todos los casos, debe ser conforme a las normas superiores (régimen legal y reglamentario), resultando írrito si viola el marco normativo correspondiente (Fallos: 291: 290, "Sociedad Eléctrica de Rosario"), y el decreto de adjudicación está, a su vez, subordinado al pliego de bases y condiciones que rigió la licitación (Fallos: 323: 1146).

Ahora bien, todas estas normas y disposiciones que integran el contrato administrativo deben ser conjuntamente interpretadas, de modo tal de dar un acabado sentido a la voluntad de las partes expresada en él, que las ponga en armonía con el régimen legal que rige el contrato. Así ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que "todo contrato -sea cual fuere su naturaleza- debe celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo a lo que las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión, principios aplicables al ámbito de los contratos regidos por el derecho público" (Fallos: 311: 376 y 316: 212).

Por lo demás ninguna cláusula legal, reglamentaria o contractual puede ser analizada aisladamente y con prescindencia de las causas que le dieron origen. Si bien es cierto el principio de supremacía de las normas de rango superior, cuando no existe una contradicción insalvable entre ella y las de jerarquía

inferior, la tarea del intérprete impone la búsqueda de una solución que las deje a todas con valor y efecto, pues es principio de correcta hermenéutica evitar que las distintas cláusulas legales o contractuales se destruyan las unas a las otras.

En el sub lite la Ley 24.065 ha establecido en su capítulo 10 dedicado a las tarifas que "Los contratos de concesión a transportistas y distribuidores incluirán un cuadro tarifario inicial que será válido por un período de cinco años..."(art. 42) y que "Finalizado el periodo inicial de cinco años el ente fijará nuevamente las tarifas por períodos sucesivos de cinco años" (art. 43).

Sin embargo, en los artículos 1° del Anexo 16 de "los Procedimientos" y 2° del Subanexo II-A del contrato de concesión (fs. 123 del expediente administrativo y 213 del principal) se dispuso que la energía eléctrica transportada se fijaría para cada período tarifario, es decir, cada cinco años, en tanto que con arreglo al art. 25 del contrato de concesión y el art. 1° del Subanexo II-A, los cargos fijos por conexión y capacidad de transporte mantendrían sus valores, que eran los fijados en el Subanexo II-C, por el término del primer período de gestión, es decir por quince años, esto último de acuerdo a la modificación introducida al pliego de la licitación por la Circular III emitida por el Comité Privatizador a requerimiento de los participantes en el concurso y convalidada por el Decreto 1343/93, ello sin perjuicio de la actualización de tales sumas con arreglo a los índices pactados.

Es decir que, la aparente contradicción que señala Transener entre la ley y el contrato y que resuelve en favor de aquélla para lograr la revisión de todos los rubros que integran la remuneración a los cinco años, no es tal y deviene contraria a una interpretación armónica de los textos en juego por no ajustarse a los principios hermenéuticos reiteradamente expuestos por nuestro más Alto Tribunal.

En efecto, la revisión quinquenal está prevista en la ley, la reglamentación y el contrato, pero a modo de excepción y ante las inquietudes de los participantes en la licitación de venta del 65 % de las acciones de Transener, se estableció una particularidad en el contrato, que no contrariaba lo dispuesto en la ley, sino que creaba una forma particular de revisión, como medio de dar una señal de mayor seguridad en el tiempo a los oferentes.

XXII.- Corresponde en esta instancia examinar cuáles fueron las razones que llevaron a la transportista a pedir la revisión total de su tarifa.

a) Al formular las observaciones al informe en el que CAMMESA había calculado de acuerdo a tres escenarios los posibles valores para la RVT, Transener sostuvo que los resultados que surgían de los cálculos de pronósticos efectuados por la administradora del MEM, respecto de la remuneración por energía eléctrica transportada, resultaban totalmente inconsistentes y violatorios de la Ley 24.065 porque no aseguraban ingresos suficientes para satisfacer a la transportista sus costos operativos razonables aplicables al servicio, impuestos, amortizaciones y una tasa razonable de rentabilidad. (fs. 148 del expediente administrativo), sin que constasen en esa presentación los motivos que la conducían a efectuar tales manifestaciones

b) Ya en la audiencia de fs. 605 Transener presentó un conjunto de cuadros y transparencias (fs. 431/604) que con posterioridad fue explicando durante dicho acto. Así señaló que "Los sistemas de control eran incompatibles, obsoletos y realmente fuera de uso..." "El sistema tenía una marcada necesidad de repuestos estratégicos y el parque de transporte y equipos era más que obsoleto y totalmente incompleto..." "... La empresa fuera de su estatuto era muy poco más lo que existía, porque realmente esta compañía se formó con activos provenientes de empresas distintas y carecía de una organización central, de manera que ni hablar de sistemas administrativos informáticos." "En resumen, nos encontramos con fuertes restricciones de transmisión frente a una creciente demanda, sistemas de control obsoletos, no operativos, había que completar obras clave, adecuar los métodos de mantenimiento, los repuestos y ponerla en marcha" (fs. 625). Después destacó el incremento de los límites de transmisión en un 57 %; la instalación de sistemas de control modernos y unificados; la terminación en tiempo y forma de las obras requeridas; el contar con los repuestos, los medios y los sistemas de mantenimiento adecuados, todo con una inversión de más de 75 millones de dólares (fs. 628).

c) Al referirse a qué podría ocurrir al sistema de transporte en los próximos cinco años, expresó que los activos de transmisión, de acuerdo con valuaciones que la empresa había mandado hacer, tendrían un valor de alrededor de 2.200 millones de dólares, en tanto el sistema remuneratorio no contemplaba como tal la reposición de activos y mucho menos se hablaba de la actualización tecnológica. El problema de la reposición de activos se deriva de la extinción de la vida útil del transformador para una línea o para una torre, circunstancia que es lógica, pero en todo lo que es comunicaciones y control de sistema que es parte sustancial y quizá la más importante, esto obedece por actualización tecnológica

mucho antes que su amortización contable. Señaló que cumpliendo su obligación de mantenimiento el sistema estaría bien mantenido pero con parámetros de 1993, o en algunos casos de la década del 60.

d) En cuanto a la remuneración anual por energía eléctrica transportada, se calcula como una suma de la remuneración variable de la energía y la remuneración variable de la potencia. La de la energía equivale a las pérdidas en las líneas, que se manifiesta en forma de calor; y la de potencia, como consecuencia de la falla de la línea; mientras más grave es la consecuencia de la falla, mayor es la RVT por potencia al haber energía no suministrada (fs. 635). Ello es una señal perversa para la gestión de las transportistas. Si en el sistema hay mayor confiabilidad, más circuitos en paralelo y la energía vale menos -todo lo cual es óptimo para el mercado- hay menos RVT y no estimula la eficiencia del transportista. Tal circunstancia se produce porque la transportista no compra ni vende energía por lo que no es aceptable fijar su remuneración sobre la base del precio de aquella.

e) Por último requirió que como consecuencia de haber efectuado una gestión prudente, eficaz y eficiente durante el primer período tarifario sus tarifas para el próximo quinquenio debían ser fijadas de acuerdo con los principios de la Ley 24.065 (fs. 636). Por tal motivo solicitó que ellas se determinaran sobre una ecuación que contemplase los siguientes elementos: a) costo del capital al inicio del período; b) costo de tasa de retorno razonable; c) costos operativos razonables aplicados al servicio; y d) inversiones requeridas, el activo total de la empresa limitada a la actividad regulada. (fs. 637)

f) En la audiencia del 27 de agosto Transener presentó un plan de costos de operación y mantenimiento e inversión, aduciendo que las mayores inversiones disminuirían los costos de operación y mantenimiento, pese a que conforme los pliegos y el contrato las transportistas no estaban obligadas a realizar esas inversiones (fs. 1946/47). A ello agregó que al momento de la privatización el Estado había fijado el valor de los activos, en una quinta parte de su valor de reemplazo en el mercado y como ese valor se encontraba muy por debajo del correspondiente al reemplazo del sistema y la empresa tuvo que hacer una adecuación de todos los activos incluyendo el stock inicial, tal circunstancia debía tenerse en cuenta para la fijación de su remuneración durante el segundo período tarifario (fs. 1949). Por ello, al tener el stock de repuestos inicial de Transener un valor de aproximadamente la quinta parte del de mercado, la adquisición de aquellos se había comenzado a hacer al valor de estos, lo que

determinaba una tendencia a aumentar los costos (fs. 1949). Reiteró lo concerniente a la obsolescencia de los equipos recibidos, la antigüedad de entre 25 y 30 años del corredor Chocón-Ezeiza, que era el más viejo del sistema. Expresó que los costos operativos y de mantenimiento importaban a esa fecha, a valores históricos, dos millones por año que ascendían a 3,5 millones por año.

g) Durante la audiencia efectuó una enumeración parcial de algunas inversiones incluidas en el plan que había presentado (fs. 1037/1042, ver especialmente fs. 1042), con sus importes y plazos de realización (fs. 1954/1970) para posteriormente sobre la base de los parámetros enunciados en el punto e) de la presente, calcular la tasa de retorno que juzgó justa y razonable de acuerdo con los principios de la ley 24.065. Cerró su participación en el acto expresando que de acuerdo a sus cálculos la tasa de retorno razonable sería de 126 millones aproximadamente para el primer año del segundo quinquenio, 123 para el segundo, 121 para el tercero, 120 para el cuarto y 119 para el quinto; y con respecto a las inversiones un programa creciente en función de los 76 millones de dólares de inversión presentados, que daría 1,5 millones para el primer año; 3 millones para el segundo; casi 5 millones para el tercero; 7,7 millones para el cuarto y once para el quinto.

XXIII.- El ENRE al dictar la resolución aquí recurrida, tuvo en cuenta que Transener S.A., en forma genérica había planteado en la audiencia del 29 de mayo, que los resultados surgidos de los cálculos de los pronósticos efectuados por CAMMESA, con relación a la remuneración por energía eléctrica transportada, resultaban totalmente inconsistentes y violatorios de los principios de la Ley 24.065, por lo que la transportista había solicitado a ese ente regulador, el establecimiento de una tarifa que cumpliera con los mencionados principios (fs. 2375 de las actuaciones administrativas). Fue por tales motivos por los cuales el Ente juzgó que lo planteado merecía la realización de un estudio mucho más exhaustivo de la situación de la actividad de transporte en energía eléctrica, especialmente en razón de su carácter de servicio público, con el fin de asegurar su correcta prestación y continuidad en los términos previstos por la Ley 24.065.

Lo expuesto dio origen a la solicitud efectuada a la transportista para que informase sobre los costos operativos y las inversiones, tanto incurridos como proyectados, y respecto de la determinación de la base de capital y del nivel de la tasa de rentabilidad razonable que juzgaba necesario reconocer sobre aquel (fs. 765), requerimiento que fue contestado (fs. 773 y ss., 823 y 841 y ss.).

Una vez entregados los informes de Transener, su consultora Merz and McLellan, el Grupo de los Generadores del Comahue y su consultora Nera, y el informe final de evaluación de la instrucción (fs. 2169/2282), el ENRE sostuvo que de limitarse la revisión al nuevo valor fijado por la RVI para el próximo período era insuficiente para lograr una tasa de retorno razonable para la transportista, y sobre la base de los cálculos realizados en los informes sobre costos operativos e inversiones y tasa de rentabilidad del capital, la fórmula inicial había devenido irrazonable por lo que debían modificarse los valores de los cargos fijos establecidos en el Anexo II-C. Por tal motivo elevó en los siguientes términos los cargos por conexión que, en el contrato originario (punto 1.1 del Subanexo II-C) eran de:

a) por cada salida de 500 KV: \$ 10 por hora; b) por cada salida de 220 KV \$ 94,6 por hora; c) por cada salida de 132 KV \$ 8 la hora; y por transformador de rebaje dedicado \$ 0,05 por hora por MVA.; a los siguientes valores: a) por cada salida de 500 KV: \$ 28,186 por hora; b) por cada salida de 200 KV: \$ 25,366 por hora; por cada salida de 132 KV; 22,549 por hora; d) por transformador de rebaje dedicado: \$ 0,141 (fs. 2434 del expediente administrativo).

Con dicho aumento buscó alcanzar los 94,6 millones de pesos anuales que era el importe que posibilitaba una tasa interna de retorno del 10,5 % que indicaba a juicio del regulador el nivel de remuneración razonable a asignar a Transener S.A. para el segundo período tarifario, en consonancia con los principios de esa índole contenidos en la Ley 24.065.

XXIV.- Cabe destacar aquí que los argumentos expuestos por Transener S.A. para lograr una revisión total de los componentes de su remuneración se basaron, de conformidad con lo expuesto en el Considerando XII de la presente, en un doble orden de razones: a) el estado en que recibió la empresa, que a su juicio, era sólo un estatuto, por lo obsoleto de los equipos; y b) la RVT constituye un elemento perverso para el transportista, pues hacer depender sus ingresos del precio de la energía cuando ella no la compra ni vende, traía aparejado que ese factor incidiese negativamente si la transportista quería acrecentar prematuramente sus ingresos. Ambas causas originaron, a su juicio, que cualquiera fuere el monto de la RVT a fijarse la remuneración así establecida no cumpliría con los principios de justicia y razonabilidad de la tarifa contenidos en la Ley 24.065.

XXV.- En principio, y como se ha dicho en los párrafos precedentes, la creación de los cargos fijos por un período de gestión obedeció a la propia iniciativa de los participantes en el concurso, motivo por el cual no es coherente la conducta de la transportista cuando señala que la revisión de los cargos por conexión y capacidad de transporte cada quince años y después cada diez años, pueda contradecir las normas legales, ya que ella ninguna objeción hizo a la modificación del pliego por la Circular III. Ya se ha explicado el alcance que debe acordarse a ese criterio que, por lo demás, las partes tuvieron bien en claro cuando se efectuó la licitación del 65 % del paquete accionario de Transener S.A.

XXVI.- En ese sentido cabe señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado reiteradamente 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, principios aplicables al ámbito de los contratos administrativos (Fallos: 305: 1011, en especial considerando 9° y sus citas; y esta Sala "Incofer c/Ferrocarriles Argentina", 26/8/86; "Dulcamara S.A. c/Entel", 29/9/88 y "La Jirafa Azul S.A. c/Estado Nacional--Min. de Accion Social", 18/12/90, entre otros). Por tal motivo, es posible exigir a las partes un comportamiento coherente ajeno a los cambios de conducta 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 (Fallos: 311: 971; y esta Sala "Dulcamara S.A. c/Entel", 20/10/88; "Salerno Hnos. S.A. c/Min. de Economía y de Obras y Servicios Públicos-Sec: de Agricultura", 25/4/96; "Vicente H. Mozo S.A. c/Dir. de Remonta y Veter. Ej. Nac-Est.Nacional s/ contrato administrativo", 25/11/97; entre otros) y, en el sub lite, en los demás actores del Mercado Mayorista Eléctrico que sobre esas bases decidieron sus inversiones. Es que no es posible propiciar que se modifique el pliego de una licitación y se agregue una cláusula determinada -el reconocimiento del periodo de gestión- para después sostener que tal disposición sería contraria a la ley, circunstancia que como ya se ha dicho no es tal, y solicitar

una revisión de los cargos fijos en contra de lo que se ha pedido y obtenido.

XXVII.- Al tener la regla de la buena fe antes enunciada especial importancia en los contratos administrativos, en los cuales se supedita su validez y eficacia al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación, entre los cuales se

encuentra la licitación pública, que se caracteriza como aquel mediante el cual el ente público invita a los interesados para que, de acuerdo con las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas entre las que se seleccionará la más conveniente. La ley de la licitación o ley del contrato es el pliego donde se especifican el objeto de las contrataciones y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario (Fallos: 308: 618).

Tal circunstancia determina que la concesionaria al formular su propuesta debió obrar con pleno conocimiento de las cosas (arg. art. 902 del Código Civil), pues la magnitud de los intereses en juego le imponía actuar de modo de prever cualquier eventualidad que pudiese incidir negativamente en el resultado económico del contrato, adoptando a ese efecto las diligencias apropiadas que exigían las circunstancias de persona, tiempo y lugar (art. 512 del Código Civil; doctrina de Fallos: 300: 273); y si la oferente incurrió en error en la interpretación de las cláusulas contractuales -admitiendo en el caso por vía de hipótesis únicamente tal circunstancia-, ésta provendría de una negligencia culpable que impide su invocación. (arg. art. 929 del Código Civil; Fallos: 303: 323, considerando 10. (Fallos: 316: 380).

Es decir que la situación empresaria de Transener S.A., tanto en sus instalaciones como equipos, fue conocida por los adjudicatarios del 65 % de su paquete accionario, pues de lo contrario no se explica cómo grandes empresas con experiencia en el mercado y con un operador experimentado, pudieron fijar el precio de su oferta por las acciones directamente vinculado al negocio del transporte de energía eléctrica en alta tensión. Al ser ello así, no puede alegarse como una razón objetiva y justificada (art. 46 de la Ley 24.065) el estado en que se encontraba la firma cuyas acciones adquirieron, por lo que no cabe encuadrar este grupo de motivos en los que autorizan al Ente a ejercer la facultad consagrada en los arts. 46 a 48 de la ley marco del sistema eléctrico.

A la luz de los principios jurisprudenciales antes enunciados sólo cabe entender que los adjudicatarios conocían o debían conocer perfectamente las condiciones en que se encontraba Transener S.A. y si ésta era sólo un estatuto jurídico, como sostienen los adquirentes de la transportista, por ello ofertaron y resultaron ganadores del concurso, sin que hasta ahora pueda sostenerse que todas esas razones preexistentes al momento de la licitación y adjudicación son "causas objetivas y justificadas" para una revisión total de la fórmula, máxime si se advierte que la adjudicataria, como todos los oferentes se encontraba integrada por un operador experimentado, condición ésta para haber podido participar en

la licitación, y que en el caso era la firma National Grid que operaba por ese entonces desde hacía varios años el sistema de transmisión de energía eléctrica de alta tensión en Inglaterra.

En síntesis, si el estado de la empresa adquirida para el transporte de energía eléctrica en alta tensión era tan calamitoso como lo presenta Transener solo cabe concluir en alguna de dos hipótesis: a) pese al conocimiento que de ello tenía la adjudicataria efectuó los cálculos para su oferta y estimó que el negocio era rentable a partir de actividades no reguladas; o b) pese a considerar que no iba a dar la rentabilidad esperada, ofertó por un precio más bajo, convencida de lograr posteriormente que la autoridad regulatoria le fijase una tarifa que remunerara acordemente su capital. Ambas posibilidades no son idóneas para requerir el recálculo total de la remuneración.

XXVIII.- En lo concerniente a la remuneración variable por energía eléctrica transportada (RVT) para poder entender la "perversidad" que la transportista imputa a este elemento integrante de su remuneración, es necesario previamente dejar en claro cuál fue el sistema regulatorio adoptado por la concedente.

En primer término cabe consignar que la función esencial de la regulación es cuidar que los precios (tarifas) del servicio público de electricidad, o de cualquier otro, se asemejen a los que se obtendrían si el mercado funcionara bajo un régimen de competencia. La regulación no sustituye a la competencia, pero permite morigerar considerablemente la acción de los monopolios, protegiendo de esa manera a los usuarios. Y es precisamente a través de las tarifas el modo en que la regulación influye sobre los precios de modo más intenso. Las normas reguladoras deberán exigir la calidad del servicio con los menores costos posibles, de manera que cuando ello ocurra no sólo aumentaran los beneficios de las empresas sino que también esos beneficios podrán trasladarse a los usuarios del servicio por vía de distintas cláusulas previstas en los contratos, (en el caso, por ej. así lo ha previsto el art. 8 del Subanexo II-A al establecer que la remuneración de la concesionaria, por los conceptos de conexión y capacidad de transporte, podrá ser reducida anualmente por un coeficiente de estímulo a la eficiencia, que deberá fijar el Ente y que no podrá ser superior al uno por ciento (1 %) anual ni acumular en el resto del período de gestión más del cinco por ciento).

De los sistemas regulatorios los distintos países han adoptado una de estas dos

variantes: a) el control de tasa interna de retorno. En este caso, en lugar de fijar tarifas máximas, se establece una tasa de beneficio máxima. Si es superada, se obliga a las empresas a bajar las tarifas; si no es alcanzada, se les permite incrementarlas. Tiene una larga tradición de uso en los Estados Unidos. b) Price Cap (estableciendo precios o tarifas máximas). El regulador (o el poder concedente) se desentiende de la tasa de beneficio que obtiene el empresario, pero en plazos preestablecidos efectúa una revisión de las tarifas para transferir a los usuarios mejoras en la eficiencia. En general, este sistema, originario del Reino Unido, se traduce en su aplicación a través de la fórmula RPI-x (Retail Price Index minus x), que significa que periódicamente las tarifas son ajustadas con la variación del índice de precios minoristas menos un número que establece el regulador. De este modo se logra que las tarifas disminuyan en términos reales y esa disminución representa la parte de los beneficios logrados por mayor eficiencia que se transfieren a los usuarios. El primero de ambos métodos supone una acción muy intrusiva del regulador en la empresa, pues debe estar auditando permanentemente para conocer la tasa de beneficio, lo que a su vez conspira contra un gerenciamiento más libre. El segundo no interfiere en absoluto, pero requiere de un control más afinado de la calidad del servicio, porque la empresa podría reducir sus costos a expensas de una menor calidad. (conf.

¿Qué hay de nuevo en las regulaciones?, Telecomunicaciones, electricidad y agua en América Latina, Obra Colectiva, Arthur Barrionuevo - Eugenio Lahera P. (ed.), Eudeba y Centro Latinoamericano de la Administración para el Desarrollo, Bs. As., 1998).

Anota Villar Rojas ("Privatización de Servicios Públicos", Tecnos, Madrid, 1993, págs.160/164) refiriéndose al tema, que pese a ser diseñada para las telecomunicaciones, el control de precios es una técnica que ha sido aplicada a todos los servicios privatizados -suministro de gas, electricidad y agua -, añadiéndole otros factores que tratan de adecuarla a sus peculiaridades. Ello explica que pueda afirmarse que la fórmula RPI-x es adecuada para incentivar la eficiencia en empresas afectadas por rápidos cambios tecnológicos, como las telecomunicaciones, el suministro de electricidad y de agua, pero que no lo es tanto en aquellas donde la tecnología está estabilizada, como el transporte de gas y de electricidad - el common carrier-, en las que es difícil prever un tránsito real hacia la competencia.

Lo que resulta novedoso en la regulación es el hecho de que la gestión de la

actividad de la concesionaria sea cuestión de su exclusiva competencia, desplazándose los controles del Estado respecto del concesionario hacia el resultado de la gestión en vez de a su desenvolvimiento. (María Graciela Andina de Alfano y Rolando Schneider, "Jornadas Jurídicas sobre Servicio Público de Electricidad", obra colectiva, ENRE, 1995). Como la obligación del transportista es ajena a la fiscalización del Ente, ésta sólo se limita a un resultado, operar y mantener el sistema de transporte de energía eléctrica en alta tensión en disponibilidad el mayor tiempo posible, siendo pasible de sanciones en caso de indisponibilidades. Por tal motivo el modo como el concesionario obtiene el cumplimiento de los niveles de calidad exigidos en la reglamentación así como las decisiones relativas a las inversiones a realizar, personal a emplear, medios de financiación y demás recursos, son -al decir de los autores antes nombrados- resorte exclusivo de los concesionarios. Por eso Alberto E. Devoto ha señalado que el caso argentino se podría caracterizar como un modelo de resultado. ("Regulación y Control del Servicio de Electricidad en Argentina", obra citada al comenzar el párrafo, pág. 61 y s.s., en especial 77).

Otra particularidad, que al pasar ya fue mencionada, es la vinculada a la ausencia de obligación por parte de la transportista de participar en las ampliaciones. Ello determina la coexistencia de un régimen regulado para el servicio y otro librado a la libre competencia para las ampliaciones, las cuales deben hacerse siguiendo los procedimientos fijados en la reglamentación y adjudicarse mediante concurso público.

XXIX.- Delimitado así el criterio adoptado por la autoridad administrativa para llevar a cabo la privatización del transporte de la energía eléctrica en alta tensión y sus obligaciones básicas, debe examinarse el motivo por el cual se establecieron los elementos integrantes de la remuneración de la transportista.

Ya se ha visto que ese estipendio se estableció sobre la base de tres cargos: conexión, capacidad de transporte y energía eléctrica transportada. También se ha señalado en que consiste cada uno de esos items, pero lo que aquí importa es lo concerniente al citado en último término.

Respecto de él cabe señalar que para la remuneración de energía eléctrica transportada, primó el criterio de que el sistema de precios del transporte transmitiese las señales correctas de eficiencia económica a los usuarios de la red (generadores, distribuidores y grandes usuarios). Al elegirse la remuneración a la capacidad existente se fijaron cargos fijos (conexión y capacidad de

transporte) y cargos variables (RVT), siendo estos últimos el componente de costos debido a las pérdidas más los sobrecostos que generan las restricciones de la red. La señal perversa que no da incentivos para la mejora de la calidad del vínculo fue entonces compensada con obligaciones de prestación del servicio en condiciones mínimas de calidad sujeta a penalidades. ("Transformación del sector eléctrico Argentino", Carlos Manuel Bastos y Manuel Ángel Abdala, Editorial Antártica S.A., Chile, 1993, pág. 222). En la nota 176 los autores expresan que "estas metas de calidad están contenidas en un subanexo del contrato de concesión referido al régimen de la calidad de servicio y sanciones del STEEAT. La exigencia de cumplimiento de metas mínimas resulta subóptimo comparado con la existencia de un sistema de incentivos que indujera al transportista a maximizar la calidad del servicio. Esto es un problema común en la fijación de remuneraciones de todas las redes de electricidad. En el sistema argentino se compensa parcialmente ya que se prevén premios a partir del segundo período tarifario, a ser fijados por el ENRE.

Los cargos variables por energía transportada (RVT) representan el mayor componente de la remuneración al transporte por la capacidad existente y reflejan pérdidas resistivas, el sobrecosto del redespacho de la generación y el costo de la energía no suministrada por indisponibilidades en la red. Estos ingresos variables pretenden reflejar los costos marginales de operación de corto plazo de la transportista y surge 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. "La existencia de esos factores nodales hace más transparente la ubicación espacial de costos marginales y explicita de forma natural los costos del transporte" (ob.cit., pág. 343).

"La volatilidad que se introduciría en los ingresos de Transener por el hecho de que el componente variable de la remuneración por energía transportada esté ligada al precio del mercado spot, con las fluctuaciones que ello implica, fue objeto de estudio y de definición de un mecanismo estabilizador de ingresos. Se decidió la conveniencia de que los ingresos por este concepto fuesen fijados en forma anual para el transportista. Se estabilizaron los ingresos por energía eléctrica transportada de acuerdo a un valor promedio previsto para ellos para cada período tarifario (de cinco años de duración). Los cálculos de estas predicciones quedaron a cargo de CAMMESA y debían ser aprobados por el Enre, antes de su entrada en vigencia. Para el primer período tarifario esta remuneración estabilizada para los ingresos variables de Transener (RAEET) se

fijó en \$ 55.000.000 millones por año. Las diferencias entre tal ingreso anualizado y lo que corresponde efectivamente pagar a los usuarios del sistema de transporte son asignadas a una Cuenta de Apartamientos del transporte, administrada por CAMMESA" (ob. cit. pág. 224 y ss).

Lo expuesto permite sostener que la regulación del transporte de energía eléctrica en alta tensión es por incentivos, motivando a la transportista a la no indisponibilidad forzada y al buen mantenimiento de sus líneas, estableciendo un sistema de premios, que importan un aumento en la remuneración de la transportista. Este régimen de price cap con sus particularidades se ve desvirtuado cuando se aplican a él los mecanismos tradicionales de regulación por tasa de retorno, que es lo que efectivamente hizo el ENRE. En efecto, primero determinó costos operativos, inversiones y sus amortizaciones y una base de capital, sobre el cual debía fijarse la tasa de retorno, para después incorporar la diferencia a la que arribó en la remuneración de Transener a los cargos fijos. Un procedimiento, sin duda alguna que contraría el adoptado para el establecimiento, de las tarifas. La rentabilidad deriva pues del capital invertido y no del mayor tiempo de disponibilidad de las líneas. El sistema se invierte y se desnaturaliza.

Por ello lo concerniente a la irrazonabilidad de fijar a la RVT como uno de los elementos integrantes de la tarifa no puede entenderse de ese modo. En efecto, la disminución en 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 la energía en el mercado. Dicho precio no cayó abruptamente al iniciarse el proceso de revisión tarifaria sino que tuvo fluctuaciones durante los cinco primeros años de concesión. Esa tendencia a la baja del precio de la energía fue consecuencia directa de la ampliación del parque generador que al haber sido liberado al mercado atrajo importantes inversores que, en el marco de la libre competencia, ofrecieron su producto. 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.

Mientras los cargos fijos (por conexión y capacidad de transporte) cubren los gastos de operación y mantenimiento, la RVT hace lo propio con los impuestos, amortizaciones, capital y tasa de retorno, la condición de variable de este último elemento es lo que hace al riesgo de la transportista. Sin que quepa olvidar,

como lo sostiene Mairal ("La determinación de las tarifas en la concesión de servicios públicos", Revista Argentina de Derecho Administrativo, noviembre de 1971, pág. 40/41) que a menos que el contrato de concesión expresamente disponga lo contrario, la Administración no garantiza al concesionario la obtención de una ganancia en la explotación del servicio.

Es que las inversiones en el sistema de transmisión mejoran la disponibilidad de las líneas, lo que determina una mayor remuneración de la contratista por menores penalidades y permiten el cobro del premio estímulo fijado a partir del segundo período tarifario. Por tal motivo es que en la oferta debieron incluirse tales erogaciones, pues de lo contrario qué es lo que corría por cuenta y riesgo de Transener. Nótese que la propia consultora de la transportista destaca en el párrafo 3.5.2. que "El contrato de concesión de Transener no se refiere en absoluto a la financiación o provisión de fondos para un programa de reemplazo de activos. Mientras que las compañías de transmisión de energía de otros países generalmente tienen un flujo de fondos que relaciona directamente el reemplazo de los activos al final de su vida útil, Transener no tiene tal obligación de reemplazo de activos".

Esta última afirmación no importa que la transportista no debiera, en una concesión de 95 años de duración, reemplazar activos, pues ello sería impensable. Lo que se quiere decir es que la privatización implicó (entre otras cosas), transferir al sector privado el riesgo empresario, y con ello también se transfirió el mecanismo de toma de decisión en materia de inversiones. Por tal motivo el contrato de concesión nada dice en relación con la obligación del reemplazo de activos. Todo empresario sabe que debe efectuarlo, cuando lo crea conveniente, para poder cumplir con la prestación del servicio público a su cargo.

Obviamente los costos de reposición de activos deben ser, como en todos los servicios públicos, a cargo del concesionario ya que el concedente cuando los valuó a los fines de la licitación de las empresas 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 activos ya usados que se deberían operar por 95 años. Cabe aquí recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que las atribuciones de la 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; a lo cual agregó que la alegación de la actora -en el caso la

transportista- acerca de que había abonado por los buques un precio superior al valor de tasación de ellos en su conjunto -en el sub lite las instalaciones de Transener- no puede hacer perder de vista que la tarifa razonable a cuya percepción tenía derecho la empresa, se calculaba sobre la base de una normal y racional prestación de servicio que, por ende, no cubría el riesgo que la actora -que contaba como en el sub examine con suficiente especialización en la materia-, voluntaria y conscientemente asumió al abonar el precio de los barcos -en el presente las instalaciones (Fallos: 321: 1754). Asimismo el Alto Tribunal ha expresado que el silencio de la Administración no vale como consentimiento tácito de los órganos estatales ya que se trata de una conducta inepta para ser considerada como

una manifestación positiva de la voluntad, pues salvo disposición expresa del orden normativo, el silencio debe ser interpretado en sentido negativo (arts. 913, 918, 919, 1145, 1146 del Código Civil y 10 de la Ley 19.549). Nada debe tomarse como concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia igualmente clara. La afirmación necesita ser demostrada, el silencio es negativa y la duda es fatal para el derecho de concesionario (Fallos: 306: 818 y su cita).

Por último, no se ha efectuado en autos una relación de costo-beneficio de las inversiones, lo cual resultaba presupuesto necesario para valorar su procedencia. Es obvio, que al trasladarse su costo a los usuarios estos debían conocer cual era el beneficio que con ellas lograba la empresa y los menores costos que tendrían para el servicio. En realidad, si se adoptase una hipótesis de máxima a la transportista le convendría hacer todas las inversiones en el primer período o en el segundo, para lograr así que desaparecieran las indisponibilidades al mínimo y su consecuencia, la aplicación de penalidades a ella, a la vez que lograría un mayor valor en concepto de premio estímulo. En pocas palabras, su remuneración final aumentaría a costa de los usuarios que debieran hacer frente a aquellas inversiones, lo que no parece haber sido el espíritu con que se dio en concesión de servicio.

XXX.- En esas condiciones no se encuentra acreditado en autos que hayan existido causas justificadas y razonables que autorizaran al ENRE a obrar como lo hizo. En efecto, la situación de la empresa al momento de la privatización no es argumento idóneo para habilitar la instancia del artículo 46 de la Ley 24.065, ya que nadie puede alegar su propia torpeza ni ponerse en contradicción con sus propios actos, como tampoco puede aducirse que un componente de la

fórmula de cálculo de la remuneración ha vuelto a esta irrazonable sobre la base de cálculos que no demuestran concretamente cual sería la pérdida, no la pérdida de ganancia, que sufriría el transportista de haberse seguido el criterio fijado en el contrato de concesión. Nótese que para ello deberían conocerse los ingresos por actividades no reguladas en forma concreta y no como estimaciones posibles, pues estas son ajenas a la remuneración por actividades reguladas.

XXXI.- A ello cabe agregar un dato que, por su importancia, resulta suficiente para entender el planteo de Transener. Esta transportista consiguió autorización para participar de la licitación de la llamada Cuarta Línea (Comahue- Buenos Aires) de la que resultó finalmente adjudicataria del respectivo contrato COM mediante resolución del ENRE N°1028/97 del 12 de noviembre de 1997. Conforme a él, durante el primer lapso percibirá un canon determinado como única remuneración, en tanto concluido ese período se aplicarían para fijar la tarifa del transporte de energía eléctrica en alta tensión las normas que seis meses después Transener cuestionó como irrazonables en estas actuaciones. Nuevamente la conducta de la concesionaria aparece viciada de una contradicción, porque si en mayo de 1998 la fórmula de su remuneración era tan irrazonable e injusta como lo ha planteado a lo largo de estas actuaciones, no se encuentra explicación al hecho de que seis meses antes se haya sometido al mismo régimen tarifario que hoy califica en esos términos.

XXXII.- Que todo lo expuesto no importa desconocer los límites de este Tribunal para revisar decisiones de organismos adoptados en ejercicio de facultades que le han sido atribuidas en virtud de su especialización técnica pues es principio aceptado en la materia que tales resoluciones no pueden resultar ilegítimas o irrazonables, supuestos en que esta Sala queda habilitada, ante la invocación de esas circunstancias, para examinar la existencia de tales vicios. En el caso cabe concluir en que el ENRE ha adoptado una decisión ajena a la competencia reglada que le confieren los artículos 46 a 48 de la Ley 24.065 al no haberse demostrado de la existencia de causales objetivas y justificadas que autorizaran a ese organismo a actuar como lo hizo, por lo cual su decisión debe ser revocada.

XXXIII.- En lo concerniente al método adoptado para la determinación de los premios consignados en el artículo 27 del contrato de concesión así como a su modo y tiempo de pago, al haber sido fijados por la resolución 1.319/98 del ENRE, los agravios vertidos en el recurso en examen resultan tardíos y no

pueden ser atendidos en esta instancia. En efecto, Central Térmica Güemes interpuso reconsideración contra lo allí resuelto pidiendo expresamente que se aplicara de modo inmediato y en forma retroactiva, sin cuestionarlo, recurso que fue rechazado por la resolución ENRE 1646/98 dictada en la misma fecha que la aquí impugnada pero que no fue materia de queja por parte el generador. Además, tampoco expresó concretamente agravios sobre el punto en su recurso de alzada, por lo que al no haber sido impugnado lo decidido en tiempo oportuno, corresponde rechazar el agravio. Ello sin perjuicio de los valores que corresponda adoptar como base de cálculo a esos efectos según la nueva remuneración que se fije en sede administrativa.

XXXIV.- No obstante lo dispuesto por los arts. 8° y 9° de la Ley 25.561 (B.O. 7/1/02) y las resoluciones 293/2002, 38/2002, 53/2002 y 487/2002 del Ministerio de Economía y la 1/2002 del Ente Nacional Regulador de la Electricidad, 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 con los términos de este pronunciamiento y no con los establecidos por la resolución 1650/98 del ENRE para el segundo período tarifario comprendido entre 1998 y 2003. Lógicamente los efectos de esta sentencia quedaran limitados en el tiempo al momento de la sanción de la ley antes citada, ello sin perjuicio de los reclamos que las partes pudieran formularse por el lapso durante el cual tuvo vigencia la resolución impugnada en autos.

XXXV.- En punto a las costas de este proceso, deberán imponerse en el orden causado, toda vez que el modo en que se resuelven los agravios planteados, que se admiten parcialmente, constituye elemento suficiente para hacer uso de la facultad conferida al tribunal por el art. 71 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Por todo lo expuesto, SE RESUELVE:

Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por Central Térmica Güemes en los términos expuestos precedentemente y revocar el art. 1° de la resolución ENRE 1650/98 y su confirmatoria 660/99 de la Secretaría de Energía, debiendo los autos volver al Ente Nacional Regulador de la Electricidad para que dicte nueva decisión sobre la remuneración de la Compañía de Transporte de Energía en Alta Tensión (Transener S.A.) para el segundo quinquenio de la concesión (1998-2003). Con costas por su orden.



Regístrese, notifíquese y devuélvase las actuaciones al ENRE con nota de estilo

ALEJANDRO JUAN USLENGHI - MARIA JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS -
GUILLERMO PABLO GALLI