

Nro Exped: [1032-SC](#)

Fecha: 2009-12-04

Caratula: RECURSO JUD.DIRECTO ART.21 .2986 CONTRA LA RES. N° 077/06 dict.e/a "Rev.Extraord. de Tarifas Art.48 I.2902- EDESA S/ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Descripcion: SENTENCIA DEFINITIVA

En Cipolletti, Provincia de Río Negro, a los 4 días del mes de Diciembre del año dos mil nueve, reunidos en acuerdo los Sres. Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Ivta. Circunscripción Judicial con asiento de funciones en esta ciudad, para resolver en autos caratulados: "RECURSO JUDICIAL DIRECTO Art. 21 LEY 2986 CONTRA LA RES. N° 077/06 DICT. E/A "REV. EXTRAORD. DE TARIFAS ART. 48 1. 2902- EdERSA S/ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO)" (Expte. 1032-SC).

Previa discusión de la temática del fallo a dictar y formulación de las cuestiones a resolver, con la presencia de los miembros del Tribunal de lo que da fe el actuario, corresponde votar en primer término al Dr. Alfredo D. Pozo, quien dijo:

I.- A fs. 139 se presenta la Empresa de Energía Río Negro S.A (EdERSA), interponiendo recurso judicial directo contra la Resolución 77/06 dictada por el Ente Regulador de la Electricidad (EPRE), recurso que también se hace extensivo contra la Resolución EPRE 180/06, que rechazó el recurso de revocatoria deducido contra aquella resolución, y el decreto del Poder Ejecutivo Provincial 937/07 que hizo lugar parcialmente al recurso de alzada interpuesto contra la citada resolución 180/06.

Luego de sostener la procedencia formal del recurso deducido y realizar una introducción preliminar, desarrolla los principales argumentos que sustentan la demanda.

En primer lugar, invoca la vigencia de mayores costos laborales producidos por las leyes y decretos del Poder Ejecutivo Nacional que cita, expresando que aunque la resolución 77/06 reconoció dichos mayores costos, lo hizo a partir del dictado del acto administrativo y no desde la fecha en que se devengaron los mismos, todo lo cual fue ratificado por la resolución 180/06 y el decreto del Poder Ejecutivo Provincial 937/07.

Que resulta errónea la cita del art. 17 de la ley 2938, que dispone que sólo excepcionalmente podrá acordarse eficacia retroactiva a los actos administrativos, ya que su parte no pretende tal aplicación retroactiva sino que se reconozcan los costos en los que incurrió en el pasado.

Que ello resulta contradictorio con el reconocimiento del EPRE de los mayores costos laborales, ya que su parte no intenta obtener una ventaja patrimonial indebida, como lo pretende aquél, cayendo en la contradicción de autorizarlos y no permitir el traslado de la totalidad de los mismos a la tarifa.

Que bajo el argumento de la irretroactividad de los actos administrativos los mayores costos laborales no le serían reconocidos plenamente por el ente regulador provincial, lo que entiende por demás irrazonable y contrario a los principios tarifarios básicos establecidos por la ley 2902, que consagra el derecho del concesionario a recibir una tarifa justa que le permita afrontar los costos y garantizar la seguridad del abastecimiento.

Realiza luego un análisis de los arts. 48 y 49 de la ley 2902, de los que a su juicio no se desprende una limitación temporal para trasladar a tarifa los mayores costos

devengados con anterioridad a la solicitud de revisión o devengados mientras transcurre el proceso de revisión extraordinario.

Expresa que el EPRE ha argumentado, para rechazar su planteo, que solicitó la revisión tardíamente, pero no existe disposición alguna que fije un término a su parte para solicitar la revisión extraordinaria, por lo que ella puede ser promovida en cualquier momento entre dos revisiones ordinarias de tarifas.

Que por otra parte, durante los años 2001 a 2004 se dictaron gran cantidad de normas concediendo aumentos a pasmosa velocidad, las que se corregían y contradecían unas a otras, por lo que no era razonable que EdERSA fuera presentando uno por uno, después de dictada cada norma, los pedidos de revisión extraordinaria.

Que además, presentar un pedido de tal naturaleza no es una operación sencilla, ya que exige un exhaustivo estudio financiero, y por ello la ley otorga un plazo de 120 días al ente regulador para resolver.

Critica luego el fundamento de la resolución del EPRE relativa al derecho de propiedad de los usuarios, ya que el hecho de que el pago de la factura los libere de todo reclamo por esa factura (por ej. primer bimestre de 2006), no por ello adquieren el derecho a que en ninguna factura posterior se le reconozcan a EdERSA gastos incurridos en ese primer bimestre de 2006.

Que el Poder Ejecutivo Nacional arribó a una solución similar a la que propone su parte mediante acuerdos con las distribuidoras EDENOR y EDESUR, suscriptos en febrero de 2006, mediante los cuales se autorizaron aumentos a partir del 1 de noviembre de 2005, permitiendo que aquellas, al menos en parte, pudieran cubrir sus costos reales que venían incrementándose desde el 2002.

Seguidamente se refiere a otro de los argumentos del EPRE en la resolución 180/06, consistente en que la distribuidora consintió los cuadros tarifarios trimestrales aprobados por el ente, y por aplicación de la teoría de los propios actos no procede reconocer los mayores costos desde la fecha en que efectivamente se devengaron, lo que fuera ratificado por el decreto 937/07.

Al respecto, afirma que debe distinguirse entre los procesos de revisión ordinaria y extraordinaria, lo que explica que su parte consintiera los cuadros pero a su vez tuviera derecho a promover la revisión extraordinaria, ya que aquellos se aprueban hasta tanto no se autorice esta última.

A continuación, y respecto del argumento del EPRE referido a la interpretación restrictiva que corresponde hacer de los privilegios de las concesionarias de servicios públicos, sostiene que de la lectura de los fallos de la Corte Suprema citados, lo que se desprende es que el criterio restrictivo se aplica sobre las cláusulas que confieren exclusividad o monopolio para la prestación de un servicio público, y que en concreto, lo que ha ordenado la Corte es que cuando se duda respecto de la extensión de una concesión o de un monopolio debe estarse a la interpretación más restrictiva, pero ello no quiere decir que ante cualquier tipo de controversia deba resolverse siempre en contra del concesionario.

Critica a continuación lo resuelto por el decreto 937/07 en tanto el mismo dispone que el aumento del 7,8% que le reconoce tiene vigencia a partir de la fecha de su dictado, sin fundamento alguno, expresando que siendo un acto administrativo rectificatorio de lo decidido por el EPRE corresponde que su eficacia se retrotraiga, al menos, a la fecha del acto que rectifica.

De lo contrario, se estaría convalidando la aplicación de una tarifa ilegítima durante el año transcurrido entre la resolución 77/06 y el decreto 937/07, por lo que solicita que la eficacia de éste último comience a tener efecto desde la fecha en que comenzó a aplicarse la nueva tarifa del EPRE.

Concluye denunciando lo que a su entender son los vicios que invalidan los actos administrativos recurridos, a saber: un vicio en la finalidad, ya que se ha frustrado el derecho de su parte de tener un ingreso razonable y suficiente, y la falta de debida motivación en el decreto del Poder Ejecutivo Provincial respecto de la fecha de su entrada en vigencia.

Finalmente, ofrece prueba, hace reserva del caso federal, funda en derecho y pide que oportunamente se haga lugar a la demanda, declarándose la nulidad de las resoluciones y el decreto impugnados.

Corrido traslado de la acción, a fs. 238 se presenta el Ente Regulador de la Electricidad (EPRE) a contestarla, oponiéndose al progreso de la misma.

Luego de una negativa puntual de los hechos afirmados por la actora, analiza el sistema legal establecido para las revisiones ordinarias y extraordinarias, señalando que el mismo adopta el modelo regulatorio denominado "price cap" o "precio máximo", según el cual se calcula una tarifa máxima con una determinada exigencia de eficiencia que se fija al inicio de un período tarifario, generalmente de cinco años.

Afirma que para ambos casos de las revisiones (ordinarias y extraordinarias) las modificaciones tarifarias rigen para el futuro, no procediendo reconocimientos o compensaciones hacia el pasado, como lo pretende la actora.

Señala también que la solicitud de revisión extraordinaria fue efectuada a bastante más de tres años de dictada la primera de las normas que aumentaron los costos laborales, lo que constituye una demora injustificable que no deben soportar los usuarios finales del servicio.

Analiza luego los argumentos del recurso.

Respecto del referido a la violación de su derecho de propiedad al no permitírsele recuperar los costos laborales reales que se vieron aumentados por la normativa nacional, expresa que resulta erróneo pretender la traslación a tarifa de los mismos y no los costos de eficiencia de su gestión.

Que dicho enfoque supone que el cuadro tarifario quinquenal debe representar una suma exacta de todos y cada uno de los costos reales que tuvo la distribuidora, idea que es incorrecta y extraña al sistema eléctrico vigente en el país y en Río Negro concretamente, que como ha dicho es el denominado "price cap".

Que la pretensión de la actora implica utilizar el sistema "rate of return" o "tarifa de retorno", según el cual al concesionario se le remunera, mediante tarifa, exactamente cada gasto o inversión que realice, y sobre ello se le agrega una tasa de ganancia, pero este sistema no es el vigente y no puede ser utilizado, explayándose luego sobre el sistema "price cap".

Analiza luego el procedimiento previsto para las revisiones extraordinarias (art. 48 ley 2902), y de qué modo incide en la tasa de rentabilidad, la que se encuentra garantizada con una mayor remuneración, pero siempre hacia el futuro.

Como síntesis del punto analizado, manifiesta que la pretensión de la actora implica la utilización del sistema "rate of return", lo que es improcedente pues en el sistema vigente ("price cap") las tarifas deben reflejar solamente el reconocimiento de costos eficientes, vale decir que exigen a la gestión empresaria un determinado nivel de eficacia, independientemente si estos coinciden con los costos reales, agregándose además una tasa de rentabilidad.

Que en el presente caso, EdERSA ha sido poco eficiente al plantear el reconocimiento de mayores costos, pero pretende que se le reconozcan los costos reales que soportó, y no los costos que debería soportar de haber sido diligente.

Que el sistema regulatorio vigente implica que ante la aparición de nuevos o mayores costos, la distribuidora tiene la posibilidad de solicitar la readecuación tarifaria hacia el futuro, pero no la compensación hacia el pasado, Ni siquiera si ella hubiera actuado diligentemente, que no es el presente caso donde EdERSA demoró más de tres años.

Seguidamente analiza la retroactividad solicitada, reiterando y ampliando los conceptos ya expuestos sobre la improcedencia de modificaciones retroactivas de la tarifa, citando jurisprudencia y doctrina sobre la irretroactividad de los actos administrativos, así como también reitera lo tardío de la pretensión de la actora, recordando que durante tres años omitió ejercer el derecho a solicitar una modificación tarifaria, emitiendo las respectivas facturaciones a los usuarios.

A continuación se refiere a la entrada en vigencia de los actos recurridos, reiterando y ampliando también acá conceptos ya expuestos referidos a la improcedencia de que los ajustes puedan regir con anterioridad a la aprobación de los mismos, ya que ello solamente pueden entrar en vigencia a partir de su aprobación, al término de los 120 días previstos para que el ente regulador resuelva, pues éste ha sido el criterio del legislador conforme el sistema tarifario adoptado.

Que con referencia a los fallos dictados por la Corte Suprema y que la actora relativiza, sostiene que ellos se refieren claramente al "contenido contractual de la concesión", pues afirman que el derecho del concesionario no puede ir más allá de lo que la concesión define y enumera, y que toda situación dudosa debe ser interpretada en sentido adverso al concesionario, porque nada debe tenerse como concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia clara, y en autos, la actora, mediante interpretaciones forzadas pretende hacer valer la modificación tarifaria desde un momento anterior al definido legalmente.

Por último, solicita que al momento de regular honorarios se tenga en cuenta la importancia del asunto y el monto en juego, que según la actora es de \$ 6.653,231 desde la fecha de sanción de la normativa nacional hasta el 30 de octubre de 2005, y de allí en adelante una suma cercana a los \$ 252.541 mensuales, es decir, otros \$ 3.030.492 hasta la finalización del quinquenio (noviembre de 2006), fecha límite hasta la cual podrían ser incorporados los mayores costos, ya que a partir de allí regiría una nueva tarifa.

Por lo que entiende que los honorarios deben regularse tomando como base la suma de \$ 9.683.723, conforme arts. 6 incs. A), b) y f) y 7 de la ley arancelaria.

Funda en derecho y hace reserva de deducir recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ofrece prueba y pide que al dictarse sentencia se rechace la demanda deducida.

A fs. 257 contesta la demanda la Provincia de Río Negro en idénticos términos que el ente regulador, agregando que el objeto de la misma resulta abstracto, ya que se agota en una declaración de nulidad, pues omite solicitar daños y perjuicios y peticionar que este Tribunal le ordene al EPRE emitir un nuevo acto administrativo en reemplazo de los que considera nulos.

Que en definitiva EdERSA solicita que se declare en abstracto la nulidad de los actos recurridos por los motivos expuestos, sin ningún efecto práctico, afirmando que la Cámara no podría dictar una eventual sentencia fijando cuál hubiera sido el "quantum" tarifario correcto, lo que por otra parte tampoco procedería pues la fijación de tarifas eléctricas ha sido atribuida al Poder Ejecutivo, sin perjuicio del control de razonabilidad y legalidad reservado al Poder Judicial.

Que una hipotética sentencia a su favor le permitiría demandar por los daños y perjuicios, lo que desnaturaliza el proceso judicial pues obraría como una declaración de certeza que habilitaría reclamos futuros, y ello significaría otorgarle ventajas indebidas.

Que el planteo resulta tan confuso que si se declarara la nulidad de los actos impugnados el único resultado concreto que se obtendría sería la vigencia de la tarifa anterior, que es menor a la autorizada luego de la revisión extraordinaria.

Funda en derecho, ofrece prueba y pide que oportunamente se rechace la demanda, con costas.

A fs. 305 la actora contesta el traslado de la documental presentada por el EPRE, solicitando su desglose por resultar extraña a la cuestión debatida en autos, no haciéndose lugar a ello a fs. 317.

A fs. 313 se hace parte la Fiscalía de Estado, ratificando las pruebas oportunamente ofrecidas.

A fs. 318 el EPRE ofrece prueba confesional y de informes, y a fs. 321 la actora ofrece prueba informativa e instrumental.

A fs. 326 se lleva a cabo la audiencia preliminar, ratificando las partes la prueba ofrecida y proveyéndose la misma.

A fs. 355, 422, 473, 638 y 691 se agrega prueba informativa producida por las partes.

A fs. 641 se agrega sobre cerrado conteniendo pliego de posiciones para la absolución de posiciones del representante legal de EdERSA.

A fs. 697 luce acta de la audiencia de vista de causa, en la que absolvió posiciones el representante legal de la actora a tenor del pliego oportunamente acompañado.

A fs. 702 la Actuaría certifica la prueba rendida en autos, y a fs. 703 se clausura el período probatorio, poniéndose los autos a disposición de las partes para alegar.

A fs. 710 se agrega alegato de la actora y a fs. 724 el de la demanda EPRE, pasando los autos al acuerdo a fs. 729.

A fs. 731, para mejor proveer, se oficia al Centro de Estudios de la Actividad Regulatoria Energética solicitando informes, los que son contestados por dicho organismo a fs. 735, por lo que a fs. 752 pasan nuevamente los autos al acuerdo para dictar sentencia.

II.- Adelanto mi opinión contraria al progreso de la acción, ya que al haberse adoptado en la Provincia como modelo regulatorio de la tarifa eléctrica el denominado "price cap" (precio máximo), las tarifas son fijadas por un período de cinco años con carácter de tarifa máxima, rigiendo siempre para el futuro, procediéndose a su revisión al cabo de dicho período a fin de corregir los posibles desajustes, lo que también es aplicable a las revisiones extraordinarias.

Tal lo sostenido por la demandada EPRE, lo que encuentra plena corroboración en el informe producido por el Centro de Estudios de la Actividad Regulatoria Energética (CEARE), solicitado como medida para mejor proveer, y cuyas partes pertinentes merecen ser transcriptas para un mejor entendimiento, atento su carácter eminentemente técnico y especializado.

Ilustra el señalado informe sobre los diversos mecanismos de determinación y fijación de tarifas eléctricas, aludiendo en primer término al que existiera en nuestro país hasta el año 1992, calificado por la doctrina como "precio político".

En dicho mecanismo, el quantum de la tarifa "no tenía relación con los costos generados por la prestación del servicio, constituía una herramienta de política social y económica. Es decir, en este mecanismo de establecimiento de la tarifa que el usuario debía abonar, los costos, al menos parcialmente, eran soportados por el tesoro estatal, y no tenían reflejo en la tarifa. Se trataba de tarifas subsidiadas por el estado. Estos subsidios eran tanto directos cuanto cruzados, no existía distinción alguna." (fs. 735).

En cuanto al segundo sistema, señala que es conocido, en el mercado nacional e internacional, como Cost Plus o Rate of Return, tratándose de un mecanismo de fijación de tarifas utilizado para regularlas según la tasa de beneficios, y en principio tuvo aplicación en los Estados Unidos de América.

"Esta modalidad de fijar el precio del servicio procura determinar tarifas capaces de cubrir los costos históricos en los cuales incurrieron las prestadoras del servicio, incluyendo los costos de los capitales invertidos. Este dispositivo, regulación según la tasa de beneficios o rate of return regulation (ROR), fue utilizado hasta fines de los ochenta del siglo pasado, y el modo regulatorio, en lo jurídico, tiene su apoyatura legal en la jurisprudencia de los tribunales americanos que se remonta al caso de la Federal Power Commission vs. Hope Natural Gas, allá por 1944."

"En síntesis, este sistema reconoce en la tarifa los costos de prestación del servicio de distribución eléctrica en los que "prudentemente" pueden incurrir las concesionarias, a lo que adiciona una tasa de ganancia o beneficio sobre la inversión. Este modelo de fijación tarifaria, al asignar a los costos una tasa de ganancia, no considera la calidad de la prestación del servicio, sino sólo apunta a asegurarle al prestador un tasa fijada sobre la inversión."

"El inconveniente más destacado por su importancia, que se le efectúa a esta modalidad regulatoria, es el escaso o nulo incentivo que genera en el concesionario para que alcance una gestión eficiente. El mecanismo, en lugar de incentivos a la eficiencia, así lo demuestra la experiencia, genera incentivos a la sobreinversión. Resulta lógico porque, al aumentar el monto de las inversiones la tasa de beneficios establecida en cantidad es mayor, lo que alienta al concesionario a realizar a veces

hasta inversiones superfluas, con tal de incrementar la base de aplicación de la tasa de beneficio o ganancia". (fs. 736).

Finalmente, explica el funcionamiento del tercer sistema, conocido como "price cap" o "precio máximo", que nace con motivo de las dificultades que el mecanismo anterior presentaba, y que se basa en la fijación de un precio máximo.

"En este mecanismo de fijación de tarifas, se reconocen los costos eficientes de prestación del servicio proyectado hasta el fin del período tarifario, a diferencia del anterior los costos que reconocen en la tarifa son sólo los de eficiencia. El prestador tiene bajo su responsabilidad el riesgo de la toma de decisión respecto de las inversiones."

"Este riesgo, derivado de una decisión equivocada, no es trasladable a los usuarios del servicio. El estado no participa en la toma de decisiones de gestión, fija las tarifas a través del regulador quien controla que la distribuidora con los ingresos que genera determinada tarifa, alcance resultados objetivos de calidad del servicio. De aquí que al control se lo califica como "ex post" o de resultado".

"Desde el punto de vista de la teoría económica, este sistema consiste en autorizar un nivel de tarifas para un período, en el caso argentino cinco años, condicionado a que ese nivel de tarifas genere ingresos medios que no resulten superiores a los del período anterior, en una tasa previamente establecida."

"Los autores definen este mecanismo de regulación afirmando que la modalidad parte de definir, por intermedio del mismo regulador, un nivel inicial de ingresos de manera que el concesionario recupere sus costos razonables o "prudentes". A partir de aquí se define un precio medio capaz de generar ingresos necesarios para una demanda determinada."

"Seguidamente se fija una regla de evolución para los nuevos precios de cada período siguiente. Esta regla de evolución es el "cap" o techo que se impone a un índice de precios cuya ponderación es determinada por el regulador. De este modo la concesionaria del servicio adopta un vector de precios o tarifas tal que aplicándose el índice inicial de precios, no supere al valor inicial, actualizado por el factor (IPC-X). A veces suele agregarse un factor adicional representativo de aquellos factores que inciden sobre los costos de modo positivo o negativo y se encuentran fuera del control de la regulada, ejemplo la evolución del tipo de cambio."

"La ventaja del sistema, en particular respecto del Rate o Return, es, en primer lugar, que no permite ninguna traslación de costos a tarifa, excepto en el período inicial de revisión cuando se aplica el IPC-X, y en segundo término, consecuencia del anterior dota al mecanismo de mayor incentivo a una gestión eficiente. Desvincula los costos del concesionario de la determinación de su tasa de retorno."

"Este sistema es el que adoptó la regulación de nuestro país, en lo nacional, ley 24065, en ella se faculta al Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) a fijar las tarifas máximas en base a costos razonables y a un factor de eficiencia (artículos 40, inciso "a"; 42 inciso "c"; 43 y 46, a los que en mérito a la brevedad remitimos). También en ella se ha delegado la función de intervenir en la gestión de la concesionaria del servicio público cuando se afecte la seguridad pública, artículo 16."

"Respecto de la Provincia de Río Negro, Ley 2902, adoptó adaptando a su propia realidad el sistema de la ley 24065, por lo que ambas normativas adhirieron al

régimen del "Price Cap", en este segundo caso, Ley 2902, lo hace en los artículos 24, 41, 42 y 46 a los que remitimos" (fs. 737/739).

Hasta acá la transcripción de los principales sistemas existentes y los principios que resultan de aplicación en el caso del sistema "price cap", según el informe del CEARE, que como se ha visto es el que se encuentra vigente en la Provincia.

Ahora bien, en el caso bajo examen ocurre que la parte actora solicitó el reajuste de la tarifa por haberse incrementado su costo laboral en razón de diversos aumentos concedidos por la autoridad nacional, y luego del correspondiente procedimiento previsto en la ley 2902 el ente regulador hizo lugar a su petición por encontrarla justificada, pero disponiendo el aumento tarifario a partir de la respectiva resolución, lo que es cuestionado por la distribuidora pues sostiene que dicho aumento debió haber sido acordado a partir de cada aumento salarial y no desde que se hizo lugar a su pedido. Otro tanto ocurre respecto del incremento que le reconociera el decreto 937/07 del Poder Ejecutivo, y tal el motivo del presente juicio.

La actora invoca la violación de su derecho de propiedad al no poder recuperar los costos laborales reales que se vieron aumentados por la normativa nacional, al no permitírsele trasladarlos a la tarifa, pero ello no es correcto en la medida que pretende su aplicación retroactiva, lo que resulta contrario a los principios que rigen la materia.

Por eso lleva razón la demandada cuando sostiene que el enfoque de la distribuidora, en tanto afirma que el cuadro tarifario quinquenal debe representar una suma exacta de todos y cada uno de los costos reales que tuvo, es incorrecta y extraña al sistema eléctrico vigente en el país y en Río Negro concretamente, que como se ha dicho es el denominado "price cap" y cuyo funcionamiento se ha reseñado precedentemente.

La pretensión de la actora parece conducir a la aplicación del sistema "rate of return" o "tarifa de retorno", también antes explicado, y en el cual se reintegra al concesionario cada gasto o inversión que realice, agregándose luego una tasa de ganancia prudencial.

No se trata de compensar exactamente los costos, y debe analizarse el contrato computando toda su vida, proyección y finalización, y no por tramos, en el caso máxime cuando el mismo se encuentra en sus comienzos y la distribuidora ya se ha visto beneficiada por tres revisiones tarifarias a la fecha de este pronunciamiento, como lo puntualiza la demandada a fs. 727 vta. en su alegato (quinquenio 2001-2006, la presente revisión extraordinaria y quinquenio 2006/2011).

Comparto también lo expresado por el EPRE en cuanto a que en la relación entre usuarios finales y distribuidora, las posibles distorsiones a lo largo del tiempo a favor de uno y otro tienden a igualarse, y ninguna de las partes (usuarios y prestadora del servicio) puede asegurar que la próxima distorsión económica la beneficiará o perjudicará (fs. 725 y vta.).

No debe olvidarse que nos encontramos frente a un contrato de larguísima duración, y en ellos precisamente las posibles asimetrías o desajustes se corrigen a través de las revisiones ordinarias quinquenales, y excepcionalmente las extraordinarias, no correspondiendo entonces correcciones retroactivas.

En el sistema regulatorio vigente, si durante el quinquenio aparecen nuevos o mayores costos, existe la posibilidad de solicitar la readecuación tarifaria hacia el

futuro, pero no la compensación hacia el pasado, observándose que en el presente caso la distribuidora demoró más de tres años en solicitar el reajuste.

En consecuencia, y como lo he adelantado al comienzo de estas consideraciones, la demanda no puede ser receptada por contrariar los principios vigentes en la materia que se han expuesto, ya que las tarifas son fijadas por un período de cinco años con carácter de tarifa máxima, rigiendo siempre para el futuro, procediéndose a su revisión al cabo de dicho período a fin de corregir los posibles desajustes, lo que también es aplicable a las revisiones extraordinarias.

El informe del CEARE, al analizar la cuestión de la revisiones tarifarias, señala en primer lugar que al respecto coinciden la normativa regulatoria nacional y la provincial, contemplando dos tipos de revisiones: ordinarias y extraordinarias.

La revisión ordinaria "parte de la base del estudio del mercado que debe atender el prestador del servicio público de distribución eléctrica. La determinación de la realidad del mercado, o de la demanda que este requerirá en los siguientes cinco años, persigue el objetivo de determinar los costos que el servicio tendrá durante la vigencia del cuadro tarifario a definir."

Luego de detallar los distintos costos que deben ser tenidos en cuenta para la fijación de las tarifas, concluye que "En concreto, la revisión tarifaria ordinaria o quinquenal, requiere de un estudio previo de la demanda del mercado a abastecer, es decir, analizar la composición de la demanda actual del mercado, el tipo de consumo de cada categoría tarifaria, su horario de consumo y la incidencia de cada categoría tarifara en el total de la demanda."(fs. 739/740).

En cuanto a la revisión extraordinaria, "se trata de una previsión regulatoria que se desprende de las necesidades que la vida del contrato de concesión del servicio público de electricidad plantea".

"En efecto una de las características de esa tipología contractual es el plazo, se trata de contratos de larga duración cuyo período ordinario de vigencia, del cuadro tarifario, es de cinco años y durante su aplicación pueden presentarse situaciones que, en determinadas circunstancias, generan modificaciones en la realidad económica de importancia tal que afectan la equidad del cálculo tarifario quinquenal, sea ello tanto en beneficio como en perjuicio de los usuarios o de la concesionaria."

"De aquí que la ley prevé un mecanismo que permite restablecer la equidad tarifaria. En efecto la ley 24065, Marco Regulatorio Eléctrico Nacional, y la ley 2902 de la Provincia de Río Negro, lo han determinado, así la primera en sus artículos 46, 47 y 48 y la segunda en los artículos 48, 49 y 50."

"Respecto de los límites de la revisión extraordinaria, si bien no se encuentra específicamente establecido en la normativa, entendemos que ello surge del contexto legal de aplicación, marco regulatorio, y de los principios que alumbran la regulación económica y social. Así debemos adelantar que esta modalidad se aplican dentro del período de vigencia de una tarifa fijada por una revisión ordinaria, es decir en los cinco años que median entre su aprobación y una nueva revisión quinquenal."

"En segundo lugar, la oportunidad de su solicitud, revisión de oficio o denuncia, debe operar de inmediato, en particular cuando ella es impulsada por solicitud del concesionario, y debe hacerlo a partir del momento en que se presentan las "condiciones objetivas y justificadas" que alteraron la tarifa. La inacción, o dilación

en el reclamo por parte del concesionario opera en su contra, ello en mérito a los principios que regulan el régimen de monopolio en el cual el servicio es prestado”.

“En este sentido en coincidencia con Gordillo conviene recordar que “en todo caso una multiplicidad de principios jurídicos absolutamente pacíficos para la interpretación y aplicación de cualquier régimen jurídico de concesiones, monopolios, privilegios, licencias de exclusividad , etc., están advirtiendo de estas circunstancias. En primer lugar, cabe recordar que es un principio sempiterno que viene del derecho romano, el que el privilegia sunt strictissimae interpretationis - los privilegios se interpretan de forma muy restrictiva-, del mismo modo, no se aplican por analogía: privilegia non sunt trahenda ad exemplum” (Gordillo, Agustín: Después de la Reforma, capítulo III, página 11).”

“Estos principios que abonan la tesis de la restricción interpretativa han sido recogidos en diversos fallos por la jurisprudencia de los tribunales federales y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, también la doctrina acoge estos preceptos, a ello nos remite el mismo Gordillo en la obra citada cuando recordando la IV Conferencia Nacional de Abogados se definen porque “la interpretación del contenido contractual del contrato tiene carácter restrictivo”. Además la jurisprudencia tiene acuñado de que “toda duda debe ser resuelta en sentido adverso al concesionario, porque nada debe tenerse como concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia clara.”

“Así, si por ejemplo el hecho objetivo que altera las condiciones equitativas del equilibrio tarifario establecido, se ha producido en un tiempo y el distribuidor nada ha reclamado, no podrá requerir que el reconocimiento le sea retroactivo a una fecha anterior a la de la solicitud. Aquí opera la inoperancia del concesionario, el dejar de hacer lógico, que todo aquél que ve conculcado su derecho, en este caso a una renta razonable, debe realizar según lo que la lógica señala como tiempo oportuno. Por otra parte la regla es que las correcciones tarifarias se ajustan hacia el futuro.”

“Ello en mérito a por lo menos dos fundamentos. Uno el de los plazos y otro el de la irretroactividad de los incrementos tarifarios. En relación al primero, al abocarnos al tratamiento de la revisión ordinaria, nos expedimos en la descripción somera, de los estudios que deben efectuarse para materializar esta revisión tarifaria, agregamos a lo allí expuesto que los mismos, de acuerdo con la experiencia, que es recogida por la ley, necesitan al menos de un año de trabajos y análisis. Es que es ese el tiempo mínimo necesario para realizar la campaña de medición, si fuera menor no registraría la estacionalidad de los consumos productivos. Por otra parte el artículo 45 recoge esta y otras circunstancias que hacen necesario fijar la anticipación de un año al vencimiento del cuadro quinquenal, el término de presentación de la solicitud que debe efectuar la concesionaria”.

“Si a este plazo de un año lo contrastamos con el plazo establecido para la revisión extraordinaria, 120 días corridos, art. 47 ley 24065, concluiremos que este no resulta suficiente para poder materializar estudios de la envergadura que requiere la revisión quinquenal, pero si es un plazo prudente para poder analizar circunstancias particulares que alteraron la equidad de la tarifa, ello porque es un término que permite efectuar ciertas correcciones en su cálculo sin que ello signifique modificar los factores esenciales que permitieron fijar las tarifas por el quinquenio en el cual se solicita esta extraordinaria.”

“La segunda, está referido a la irretroactividad de la tarifa, en efecto, recordemos que siendo la tarifa la retribución de un servicio ya prestado, no podría ser retroactiva. Este principio, que se aplica en general para toda la legislación, ha

sufrido sin embargo muchas excepciones en el terreno fiscal. Y es aquí donde la tarifa –que comparte muchos principios con los tributos- esta claramente diferenciada de ellos.”

“Tal como lo ha indicado Cassagne, la aplicación de una tarifa que imponga en forma retroactiva nuevos precios sería un acto inconstitucional, pues el principio de irretroactividad de las tarifas está contemplada, por ejemplo en el art. 42 del decreto regulatorio del marco del gas.” (fs. 742/746).

No debe perderse de vista que nos encontramos en el campo del derecho público, y que aunque a consecuencia del proceso de reforma del Estado se privatizaron numerosos bienes y servicios públicos, es aquél derecho el que continúa rigiendo las concesiones de dichos servicios.

En consecuencia, la fijación de la tarifa y sus posteriores modificaciones no son el resultado de una negociación contractual entre los prestatarios del servicio público y los usuarios, (aunque éstos tengan alguna intervención, sobre todo en las audiencias públicas) o de aquél con el Estado concedente, sino de una decisión administrativa, que como tal, sólo rige a partir de su publicación.

Pérez Hualde ha destacado este carácter de la tarifa, que denomina “reglamentario”, concluyendo que antecedentes legales y jurisprudenciales permiten concluir “que la tarifa posee un carácter público indudable, por lo que no es posible la contractualización del nivel tarifario; consecuentemente la tarifa está fuera de la mesa de negociación contractual -y por la misma razón- de toda mesa de renegociación contractual.”

“De la necesaria participación del concesionario en la fijación de la tarifa, como lo es también lo de los usuarios, no se sigue la contractualización de la tarifa o la disminución de su carácter público.”...“La potestad tarifaria es una potestad pública que surge del art. 42CN y que no puede delegarse o transmitirse válidamente a favor de algún sector ajeno a los quehaceres estatales. Tampoco puede transmitirse esta facultad en forma parcial o someter de algún modo su definición a otra voluntad que no sea la propia de los poderes públicos. Esto es así porque las competencias que la Constitución adjudica no pueden alterarse por acuerdo de partes”. (Pérez Hualde, Alejandro, “Tarifas y renegociación de contratos”, La Ley online).

La posición de la actora, reclamando un reajuste retroactivo, no es conciliable con las nociones expuestas, pues además de remitir al sistema “rate of return”, pretendiendo una compensación exacta de costos –como ya se ha dicho-, implica también un enfoque contractualista de la cuestión que no es compatible con la naturaleza pública de la tarifa, que en definitiva es el resultado de una decisión administrativa.

Ello en tanto se argumenta en base a un desequilibrio del contrato proveniente de decisiones de la autoridad nacional que aumentaron sus costos laborales.

Por otra parte, y enfocando el tema desde el ángulo de la protección de los derechos del consumidor, resulta de suma importancia recordar que el art. 42 de la Constitución Nacional ha establecido como principio la protección de los intereses económicos de los usuarios, lo que resulta de máxima aplicación cuando se trata de un servicio público de importancia vital para aquellos, como es el de distribución eléctrica, habiendo señalado Gordillo, al referirse a las funciones del ente regulador, que éste “no puede actuar como un supuesto árbitro que dirime conflictos entre partes iguales, sino que tiene el deber constitucional y legal de buscar equilibrar la

desigualdad existente, compensando el poder monopólico o exclusivo con un mayor peso de su control y una mayor defensa del usuario" (cit. por Jesús Lafuente, "Una sentencia sobre aumentos de tarifas públicas", LL 2009-B-390).

Finalmente, y respecto del reajuste tarifario dispuesto en el orden nacional que invoca la actora a favor de su pretensión, cabe señalar que el mismo parece haber sido acordado sin atender a los principios de irretroactividad que se han puntualizado como fundamento de la presente decisión, pero a todo evento no obligan a la adopción de igual temperamento en el orden provincial.

Al respecto, la demandada ha puntualizado en su alegato que la comparación no es feliz porque se olvida consignar que ni la UNIREM ni el Estado Nacional a través del ENRE efectuaron ninguna revisión quinquenal o extraordinaria de tarifas de empresas distribuidoras de electricidad desde 1992 a la fecha, y en cambio EdERSA ya fue beneficiada con tres revisiones tarifarias distintas, por lo que la situación es absolutamente diferente.

Por todo ello, entonces, votaré por el rechazo de la demanda, con costas a la parte actora (art. 68 CPCyC).

En cuanto a la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes, tanto el letrado del EPRE como el la Provincia de Río Negro entienden que el monto base que corresponde tomar a tal efecto es el de \$ 9.683.723.-, resultante de calcular los importes que Edersa habría dejado de percibir al no haberse autorizado los aumentos tarifarios desde las fechas en que lo pretende sino a partir de la Resolución y el Decreto impugnados.

Es cierto que en estos actuados, como en el caso caratulado "Recurso Judicial Directo art. 21 ley 2986 c/resolución 325/06 e/a "Reclamo Sr. Tapia Alberto s/objeta monto obra loteo c/Edersa (Expte EPRE 9414/06)" (Expte.1115-SC-08), se peticiona como objeto central la nulidad de una Resolución del EPRE, pero es del caso que el expediente 1115 se diferencia del presente caso en que en aquél, el reclamo implicaba un resultado económico directo pues de hacerse lugar a la nulidad cesaba una concreta obligación económica para la actora, mientras que en estos autos la eventual nulidad de las resoluciones y decreto no nos conduciría a un monto determinado maguer la estimación hecha por la actora en su demanda, desde que – tal como ha señalado la representación provincial – la nulidad de dichas resoluciones solo acarrearía prima facie el retorno a la tarifa anterior que era, obviamente, menor.

Por otra parte, del propio sentido de la acción se desprende que la actora perseguiría con la nulidad una nueva revisión tarifaria que le acordase un monto mayor, sin que el mismo pueda ser calculado conforme, insisto, los datos de autos, tal como lo dice la codemandada Provincia de Río Negro, la que afirma precisamente que la petición de EdERSA es abstracta, ya que la nulidad no arroja un efecto práctico, y que la Cámara no podría dictar una eventual sentencia fijando cuál habría sido el "quantum" tarifario correcto.

Al respecto, el Superior Tribunal de Justicia tiene resuelto –en un caso en el que se demandó la declaración de nulidad de ciertas actas del directorio de una sociedad anónima-, que cuando lo central del reclamo es la mencionada declaración de nulidad, el juicio carece de monto concreto en los términos del art. 6 inc. 1 de la ley arancelaria, y ello impide la aplicación de los coeficientes previstos en los arts. 7 y 9, ya que "no se ha reclamado el pago de suma de dinero alguna ni la entrega de un bien o valor, sino una declaración de nulidad de determinadas actas volantes del Directorio BTC S.A., y como consecuencia de ello, la nulidad de una serie de

contratos financieros internacionales, lo cual no constituye una controversia sobre intereses patrimoniales directos y concretos, más allá de la trascendencia económica de los mismos que no puede desconocerse”.

Señaló el Alto Cuerpo que el juicio no es de monto determinado “en tanto en el sub lite no se ha perseguido como objeto de la causa ninguna transferencia patrimonial, es decir, que alguien pague y la otra parte cobre suma alguna, por lo que no es el caso controversial subsumible como de contenido económico directo. En tal orden de ideas, al no ser un juicio susceptible de apreciación pecuniaria de modo directo, no corresponde aplicarle una porcentualidad arancelaria matemática sobre monto alguno en disputa. ...Ello sin desatender a su vez, que más allá de que el proceso de autos no tiene un monto concreto en los términos del inciso a) del citado art. 6 de la L.A., hay en juego un interés económico indirecto y que dicha cuestión tiene también trascendencia.” (STJ, 24/11/2005, “BTC S.A. c/Ceroi, Sergio y otros s/ordinario s/casación”, Expte. 19901/04, pág. Webb del Poder Judicial de Río Negro).

El caso bajo examen resulta plenamente análogo y en consecuencia debe adoptarse la misma tesitura.

Sin perjuicio de ello, resultan también evidentes la importancia y trascendencia económica de la cuestión planteada, las que corresponde valorar ya que según lo prescribe el art. 6 inc. f) de la ley 2212, para fijar el monto de los honorarios se debe tener en cuenta, entre otros parámetros, “la trascendencia jurídica, moral y económica que tuviere el asunto o proceso para casos futuros, para el cliente y para la situación económica de las partes”, en el caso concreto su incidencia respecto de futuras revisiones extraordinarias.

Por lo tanto, considerando la naturaleza y complejidad del asunto, el resultado obtenido, el mérito de la labor profesional apreciada por la calidad, mérito y extensión de los trabajos realizados, la actuación profesional con respecto a la aplicación del principio de celeridad procesal y la ya referida trascendencia económica del proceso (art. 6 incs. b, c, d e) y f) LA), en el caso bajo examen, todos estos elementos de juicio conducen a establecer prudencialmente los honorarios del Dr. José Joaquín Pandolfi en la suma de \$ 301.000.- (\$ 215.000 corresponden al patrocinio y \$ 86.000 al apoderamiento), los del Dr. Raúl E. Bidart en la suma de \$ 84.000 (\$ 60.000 corresponden al patrocinio y \$ 24.000 al apoderamiento), los de la Dra. Liliana Stafforini en la suma de \$ 7.000.- (\$ 5.000 corresponden al patrocinio y \$ 2.000 al apoderamiento) por su única actuación en la audiencia preliminar y en la audiencia de prueba, los del Dr. Diego Vazquez, en la suma de \$ 3.000, por su única actuación como gestor procesal en la audiencia de prueba, los del Dr. Alberto Llambí en la suma de \$ 138.000 (\$ 90.000 corresponden al patrocinio y \$ 48.000 al apoderamiento, calculados sobre el total del patrocinio), y los de la Dra. Carolina Etchegorry, en la suma de \$ 30.000 correspondiente al patrocinio por la primera etapa del proceso.

En cuanto al Dr. Eduardo R. Zapata, que produjera el informe requerido al Centro de Estudios de la Actividad Regulatoria Energética para mejor proveer, propongo se regulen sus honorarios en la suma de \$ 40.000.-

Tal mi voto.

Los Dres. Edgardo Juan Albrieu y Jorge Douglas Price, adhieren al voto precedente por sus mismos argumentos fácticos y razonamientos jurídicos.

Por ello, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería RESUELVE:

I.- Rechazar la demanda instaurada en todas sus partes, con costas a la actora.

II.- Regular los honorarios del Dr. José Joaquín Pandolfi en la suma de \$ 301.000.- (\$ 215.000 corresponden al patrocinio y \$ 86.000 al apoderamiento), los del Dr. Raúl E. Bidart en la suma de \$ 84.000 (\$ 60.000 corresponden al patrocinio y \$ 24.000 al apoderamiento), los de la Dra. Liliana Stafforini en la suma de \$ 7.000.- (\$ 5.000 corresponden al patrocinio y \$ 2.000 al apoderamiento) por su única actuación en la audiencia preliminar y en la audiencia de prueba, los del Dr. Diego Vazquez, en la suma de \$ 3.000, por su única actuación como gestor procesal en la audiencia de prueba, los del Dr. Alberto Llambí en la suma de \$ 138.000 (\$ 90.000 corresponden al patrocinio y \$ 48.000 al apoderamiento, calculados sobre el total del patrocinio), y los de la Dra. Carolina Etchegorry, en la suma de \$ 30.000 correspondiente al patrocinio por la primera etapa del proceso. (cfe. Arts. 6, 7, 9, 11 y ccdtes. ley 2212)

Asimismo regular los honorarios del Dr. Eduardo R. Zapata, que produjera el informe requerido al Centro de Estudios de la Actividad Regulatoria Energética para mejor proveer, la suma de \$ 40.000.-

III.- Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

Con lo que que termino el ACUERDO firmando los Sres Jueces, Dres. Alfredo D. Pozo, Edgardo J. Albrieu y Jorge Douglas Price, por ante mi que certifico.

Alfredo D. Pozo Edgardo J. Albrieu Jorge Douglas Price

Juez de Cámara Juez de Cámara Juez de Cámara

Carla Yanina Norambuena

Secretaria de Cámara

<*****>