



# EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Director:  
Carlos Raúl Sanz  
Consejo de Redacción:  
José María Medrano  
Fernando M. Bosch  
Guillermo Yacoubucci

## Servicios públicos: una ley provincial de electricidad define el nuevo rol del Estado

por JUAN MANUEL CARASSALE

**Sumario:** 1. AMPLIAR LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO, OBJETIVO CENTRAL DE LA REFORMA. - 2. LOS LÍMITES DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL EN UN SISTEMA DE REGULACIÓN POR INCENTIVOS. - 3. LA REGULACIÓN POR INCENTIVOS EN LAS CONCESIONES PROVINCIALES DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA. - 4. LA REFORMA DEL RÉGIMEN DEL SECTOR ELÉCTRICO EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. a) PLANIFICACIÓN ESTATAL Y "CONTROL PREVENTIVO". b) OTROS ASPECTOS RELEVANTES DE LA REFORMA. 5. CONSIDERACIONES FINALES Y ALGUNOS INTERROGANTES SOBRE LA REFORMA.

### 1 Ampliar la intervención del Estado, objetivo central de la reforma

A través de las reformas introducidas recientemente en el marco regulatorio del sector eléctrico, la Provincia de Buenos Aires parece haberse adelantado en la creación de herramientas jurídicas que tienden, en líneas generales, a posibilitar una mayor intervención estatal en la organización y desarrollo de los servicios públicos, objetivo éste que -de acuerdo con informaciones de prensa- persigue también el gobierno nacional en el proceso de revisión de las regulaciones y contratos de concesión de jurisdicción federal.

Sobre la base de los mismos criterios que orientaron la reforma de la regulación de los servicios sanitarios dispuesta mediante el decreto provincial 878/03, las modificaciones al marco regulatorio del sector eléctrico apuntan a uno de los elementos centrales de la estructura jurídica del programa de privatización de servicios públicos ejecutado en la década pasada: la separación de la actividad de prestación o explotación de los servicios públicos, transferida al sector privado a través de concesiones y licencias, de las funciones de regulación y control, retenidas por el Estado.

La separación de actividades estatales y privadas fue claramente definida en el régimen original de la mayor parte de los servicios públicos privatizados mediante sistemas de regulación por resultados o incentivos. Bajo este régimen, los concesionarios asumieron la obligación de alcanzar determinadas metas de calidad de servicio y, en algunos casos, de expansión del sistema, reservándose la facultad de elegir, a su riesgo, los medios adecuados para lograr los resultados exigibles. Este mecanismo buscaba estimular la ejecución de las inversiones necesarias para alcanzar las metas de calidad y expansión del servicio mediante incentivos económicos ofrecidos a los concesionarios a través del régimen sancionatorio y el sistema tarifario.

Recientemente, en la Provincia de Buenos Aires se ha sancionado una nueva ley, publicada con el número 13.173 en el Boletín Oficial provincial del 16 de marzo de 2004, mediante la cual se introducen importantes modifi-

caciones al marco regulatorio del sector eléctrico aprobado por la ley 11.769 [EDLA, 1996-A-1474], de enero de 1996. Con esta reforma, la Provincia de Buenos Aires se aparta del sistema de regulación por resultados e incentivos sobre el cual se basaron las concesiones de distribución eléctrica otorgadas en 1997, creando mecanismos de intervención estatal en aspectos relevantes de la gestión del servicio, propios de un modelo de regulación de medios y planificación centralizada de inversiones.

### 2 Los límites de la intervención estatal en un sistema de regulación por incentivos

La decisión de desprenderse de la propiedad de medios de producción en actividades comerciales e industriales, permitió al Estado redefinir durante la década pasada su papel en el campo de la economía, a la luz del principio de subsidiariedad<sup>(1)</sup>. Esta redefinición no suponía relegar al Estado a un papel secundario sino, por el contrario, atribuirle un rol aún más protagónico: la regulación y el control<sup>(2)</sup>.

En efecto, la intervención estatal se orientó no ya a la producción de bienes y servicios sino a la regulación de la actividad de los agentes privados que asumieron aquella función. Esa intervención no procuraba ya sustituir al mercado sino, precisamente, promoverlo<sup>(3)</sup>.

El objetivo prioritario de aquel modelo -aun cuando no fue aplicado en igual medida para todas las industrias- era asegurar la competencia en los mercados, con fundamento en la eficacia de los incentivos que ella proporciona normalmente a los agentes económicos en orden a la reducción de precios y al mejoramiento de la calidad de bienes y servicios<sup>(4)</sup>. En miras de ese objetivo, se buscó introducir competencia aun en actividades históricamente monopolísticas<sup>(5)</sup>. La regulación se convirtió así en el instrumento necesario para defender la competencia y crearla cuando ella no existiera, sustituyéndola sólo cuando su inserción fuera imposible o antieconómica por existir en determinados mercados condiciones de monopolio natural<sup>(6)</sup>, como en el caso de la mayor parte de los servicios públicos<sup>(7)</sup>.

(1) CASSAGNE, JUAN CARLOS, *La Intervención Administrativa*, Buenos Aires, 1994, pág. 122 y sigs.

(2) TAWIL, GUIDO SANTIAGO, *Servicio Público: ¿eficacia o desgo-bierno?*, LL, 1991-C-667.

(3) ARIÑO ORTIZ, GASPAR, *Economía y Estado*, Buenos Aires, 1993, pág. 312.

(4) Fiel, *La regulación de la competencia y de los servicios públicos*, Buenos Aires, 2000, pág. 12.

(5) Iral, *Las Regulaciones en la Argentina*, 1999, pág. 54.

(6) ARIÑO ORTIZ, GASPAR, *La Regulación Económica*, Buenos Aires, 1996, pág. 102.

(7) Se entiende que existe monopolio natural en aquellas industrias en las que la organización más eficiente de la producción supone la pre-

Aun en actividades directamente vinculadas con servicios públicos se procuró introducir competencia en algunas de las etapas productivas, presentándose como emblemático el caso de la generación de electricidad -actividad excluida de la calificación de servicio público<sup>(8)</sup>-, en el que la gran diversificación de actores y la competencia entre ellos, sumada al recambio tecnológico fruto de importantes inversiones, produjo a partir de 1992 una notable expansión de la capacidad productiva y reducciones significativas en los precios<sup>(9)</sup>.

En aquellas actividades que se desarrollan en condiciones de monopolio natural, en particular, los servicios públicos domiciliarios proporcionados a través de redes, la regulación procuró crear -a través del régimen de calidad de servicio y sus penalidades por incumplimiento, así como también del sistema tarifario- una serie de incentivos que simularan, en la medida de lo posible, las señales económicas de un mercado competitivo<sup>(10)</sup>.

En tanto procuraba ser una emulación de la competencia, la regulación por incentivos no buscaba imponer estrategias de inversión ni intervenir en la dirección del negocio a cargo de los concesionarios sino que se limitaba a exigir el cumplimiento de una serie de metas de calidad y, eventualmente, de expansión del servicio, en función de los cuales se desarrollaría la tarea de fiscalización o verificación de los organismos de control. De esta forma, el Estado evitaba interferir en la función de producción de la empresa, en su estructura de costos, en su programa de inversión<sup>(11)</sup> y en general, en la determinación de los medios que habrían de emplear los prestadores para lograr el cumplimiento de sus obligaciones<sup>(12)</sup>.

Las sanciones, traducidas generalmente en descuentos o bonificaciones a los usuarios afectados por fallas del servicio, tuvieron como propósito principal el de orientar el comportamiento económico de los concesionarios hacia la

presencia de una sola empresa, ya que si dos empresas similares realizaran la producción, el costo medio de las dos sería considerablemente mayor que el de una sola (SAMUELSON, PAUL A. y NORDHAUS, WILLIAM D., *Economía*, Madrid, 1999, pág. 313). En la base de un monopolio natural hay razones tecnológicas concretadas en estructuras de costos que permiten la existencia de economías de escala, esto es, costos medios decrecientes para niveles elevados de producción (MOCHÓN MORCILLO, FRANCISCO y BEKER, VÍCTOR A., *Economía, principios y aplicaciones*, Madrid, 1997, pág. 195). Entre los ejemplos clásicos de monopolio natural, suele mencionarse a los servicios públicos prestados a través de redes, tales como los de agua potable, cloacas, electricidad y gas, toda vez que la instalación de una red adicional en tales industrias generaría un costo significativo que se trasladaría a los precios del producto y que podría evitarse mientras la demanda pueda ser satisfecha con la red existente. Frente a ello, las regulaciones modernas tienden a distinguir la operación de la red -que se mantiene en condiciones de monopolio natural- de la comercialización del producto que se provee a través de aquella, promoviendo competencia en esta última actividad.

(8) Ley 24.065 [EDLA, 1992-111], art. 1.

(9) ABDALA, MANUEL A. y SPILLER, PABLO T., *Instituciones, contratos y regulación en Argentina*, Buenos Aires, 2000, pág. 124. Ver también Fiel, ob. cit., págs. 19 y 480 y sigs.

(10) BASTOS, CARLOS M. y ABDALA, MANUEL A., *Transformación del sector eléctrico argentino*, Córdoba, 1995, pág. 168.

(11) BASTOS, CARLOS M. y ABDALA, MANUEL A., ob. cit., pág. 167.

(12) Se ha sostenido a este respecto que es justamente en aquellos servicios en los que la regulación no estableció metas de inversión donde ésta ha sido más importante, destacándose los ejemplos de los sectores de telecomunicaciones y electricidad (ABDALA, MANUEL A. y SPILLER, PABLO T., *Instituciones...*, pág. 35).

## CONTENIDO

### DOCTRINA

Servicios públicos: una ley provincial de electricidad define el nuevo rol del Estado, por Juan Manuel Carassale..... 1

### JURISPRUDENCIA

#### CIVIL

Vicios Redhibitorios: Locación; emanaciones cloacales; dormitorio; prueba; reducción del canon locativo (CNCiv., sala M, octubre 15-2003)..... 3

#### COMERCIAL

Concursos: Concurso preventivo; propuesta de acuerdo; falta de impugnación; juez del concurso; atribuciones; control de legalidad; propuesta abusiva y violatoria del derecho de propiedad de los acreedores; homologación; rechazo (CNCom., sala D, noviembre 4-2003)..... 4

ejecución de las inversiones necesarias para cumplir con las metas de calidad exigibles, procurando que la empresa, en su intento de maximizar beneficios, definiera su programa de inversiones teniendo en cuenta las eventuales penalizaciones por incumplimiento de aquellas metas<sup>(13)</sup>.

El sistema tarifario ha sido otra de las herramientas empleadas en las regulaciones por incentivos, adoptándose por lo general el modelo de precios máximos o *price cap*. En este tipo de modelos se busca garantizar una cierta estabilidad de los ingresos reales del concesionario durante un período determinado (generalmente, cinco años), permitiendo a aquél aumentar sus beneficios en la medida en que logre incrementar su eficiencia de costos<sup>(14)</sup> e, inversamente, obligándolo a reducir o perder su margen de beneficio si ello no ocurre (salvo por causas exógenas al concesionario o, en general, ajenas al riesgo empresarial). El objetivo buscado por este tipo de sistemas tarifarios al estimular la eficiencia del concesionario es el de reducir el costo del servicio, de modo tal que al finalizar el período de vigencia de los valores tarifarios esa disminución de costos se traslade a los usuarios a través de reducciones tarifarias<sup>(15)</sup>.

Para permitir la aplicación de penalidades por incumplimiento en los resultados de calidad exigibles como también la obtención de las mejoras de eficiencia perseguidas mediante el sistema tarifario de *price cap*, la regulación por incentivos reserva a los concesionarios la facultad de definir su estrategia de inversión, la elección de la tecnología a aplicarse y, en general, el poder de decisión sobre los medios necesarios para cumplir con sus obligaciones.

El modelo de regulación por incentivos, orientado a crear competencia y a simular sus efectos cuando ella no fuera posible, reemplazó en el régimen de los principales servicios públicos privatizados al modelo tradicional de regulación, basado en la presencia omnimoda del regulador en la mayor parte de los aspectos de la actividad regulada<sup>(16)</sup>. En efecto, en el sistema clásico de regulación, la planificación, la inversión a realizar, la financiación, el régimen contable, los insumos y la tecnología a emplearse, la dirección de la explotación económica y, en general, la mayor parte de las decisiones empresariales quedaban determinadas o condicionadas por la autoridad<sup>(17)</sup>, la que, en muchos casos, adoptaba tales decisiones empresariales —especialmente en materia tarifaria— conforme a objetivos macroeconómicos de contenido social<sup>(18)</sup>.

En nuestro país, la distinción entre ambos modelos ha sido reconocida por la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, señalándose —respecto de la regulación del servicio público de transporte de electricidad— que lo que resulta novedoso 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 su desenvolvimiento. Se sostuvo en este fallo que la fiscalización del ente regulador sólo se limita a un resultado... [y] 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... resorte exclusivo de los concesionarios, lo que caracteriza al sistema como un modelo de resultado<sup>(19)</sup>.

(13) VISPO, ADOLFO (FLACSO), *Los entes de regulación*, Buenos Aires, 1999, pág. 69.

(14) En ello radica quizás el mayor riesgo de este tipo de regulaciones, ya que la disminución de los costos no sólo puede lograrse mediante renovación tecnológica y eficiencia operativa sino también reduciendo la calidad de servicio y limitando indebidamente las inversiones (RODRÍGUEZ CHIRILLO, EDUARDO, *Privatización de la empresa pública y post privatización*, Buenos Aires, 1995, pág. 501), circunstancia que debe prevenirse y desalentarse a través del régimen sancionatorio.

(15) Se entiende, en este sentido, que una revisión permanente de tarifas tendiente a mantener inalterado el margen de rentabilidad del concesionario desalienta la búsqueda de eficiencia y la renovación tecnológica. Toda vez que la empresa nunca alcanzaría a gozar de los beneficios económicos de la reducción de los costos del servicio (Fiel, ob. cit., pág. 26). Igual efecto generaría la revisión retroactiva de rentabilidad tendiente a "penalizar" al concesionario a través de tarifas futuras por los beneficios obtenidos en el pasado en razón de su mayor eficiencia.

(16) BARREIRO, RUBÉN A., *Derecho de la energía eléctrica*, Buenos Aires, 2002, pág. 116.

(17) ARINO ORTIZ, GASPAR, *Economía*, pág. 328.

(18) SOBRE CASAS, ROBERTO P., *Los contratos en el mercado eléctrico*, Buenos Aires, 2003, pág. 73.

(19) CNCont. adm. Fed., sala IV, in re "Central Térmica Güemes S.A. c. Res. 1650/98 ENRE", del 5/12/2002, consid. XXVIII, 5º párrafo, publicado en Revista de Derecho Administrativo, Lexis Nexis, núm. 46,

### 3 La regulación por incentivos en las concesiones provinciales de distribución eléctrica

En el diseño de la regulación del sector eléctrico, la Provincia de Buenos Aires adhirió a los principios del marco regulatorio nacional de esa actividad creado por medio de la ley 24.065<sup>(20)</sup>, en cuyo régimen se adoptó el criterio de regulación por resultados<sup>(21)</sup>.

El régimen de concesiones del servicio público de distribución eléctrica previsto en la ley 11.769 y su decreto reglamentario 1208/97 [EDLA, 1997-B-1227] estableció mecanismos de regulación orientados al cumplimiento de objetivos de calidad de servicio, que incluían parámetros de calidad de producto (tensión) y calidad de servicio técnico (continuidad del suministro) y comercial (facturación y atención al cliente). Se estableció, además, un sistema de penalidades basado en incentivos económicos ligados al valor de la energía no suministrada. Las sanciones, traducidas en descuentos o bonificaciones a los usuarios afectados por las fallas del servicio, tenían como propósito principal orientar el comportamiento económico de los concesionarios hacia la ejecución de las inversiones necesarias para cumplir con la calidad de servicio exigible.

Así, el texto modelo de los contratos provinciales de distribución aprobado por el decreto 1208/97 estableció que [s]erá responsabilidad [del] Distribuidor prestar el servicio público de distribución de electricidad con un nivel de calidad satisfactorio, acorde con los parámetros establecidos en el presente Subanexo. Para ello, deberá cumplir con las exigencias que aquí se establecen, realizando los trabajos e inversiones necesarias de forma tal de asegurar la prestación del servicio con la calidad mínima indicada<sup>(22)</sup>.

En línea con ese criterio, la reglamentación de la ley 11.769 establece los alcances de la obligación de abastecimiento que pesa sobre los concesionarios, indicando que éstos serán únicos responsables de atender el incremento de la demanda en su zona de concesión, por lo que deberán asegurar su aprovisionamiento, arribando los medios necesarios a tal fin. No podrán invocar el abastecimiento insuficiente de energía eléctrica, como eximente de responsabilidad por el incumplimiento de las normas de calidad de servicio que se establezcan en su contrato de concesión<sup>(23)</sup>.

El sistema de control de cumplimiento y penalidades del servicio público de distribución de energía eléctrica en la Provincia forma parte del diseño del sistema de regulación por incentivos. En este sentido, en los contratos de concesión se expresa que el objetivo de la aplicación de sanciones económicas es orientar las inversiones [del] Distribuidor hacia el beneficio de los clientes, en el sentido de mejorar la calidad en la prestación del servicio público de electricidad<sup>(24)</sup>, procurando brindar señales económicas al concesionario tendientes a lograr en éste la percepción de que el incumplimiento de las metas de calidad de servicio resultaba antieconómico.

El sistema tarifario era otra de las herramientas de la regulación por incentivos adoptada en el régimen de las concesiones otorgadas bajo el régimen de la ley 11.769. El Marco Regulatorio dispuso que los contratos de concesión establecerían valores máximos, que debían ser suficientes para cubrir los costos normales y razonables del servicio y

pág. 897 y sigs. En este tramo del fallo, el tribunal cita los trabajos de MARÍA GRACIELA ANHINA DE ALFARO y ROLANDO SHNEIDER, y de ALBERTO E. DEVOTO en *Jornadas Jurídicas sobre Servicio Público de Electricidad*, obra colectiva, ENRE, 1995.

(20) Ver art. 3º, inc. c) de la ley provincial 11.769 y decreto provincial 3730/92, ratificado por la ley provincial 11.515.

(21) En este sentido, el art. 56 (apartados b.1.2 y b.1.3) de la reglamentación de la ley 24.065 establece que "[e]l contrato de concesión de distribución deberá establecer, claramente, las normas de calidad de servicio que regirán las condiciones de su prestación. Asimismo fijará los límites de lo que se considera un servicio prestado satisfactoriamente, nivel a partir del cual se reglamentarán las penalidades por incumplimiento de tales normas. El concesionario determinará a su criterio, los trabajos e inversiones que estime necesario llevar a cabo a los efectos de dar cumplimiento al nivel de calidad preestablecida" (el subrayado es nuestro).

(22) Subanexo D, sección 1, de los contratos de concesión provincial del servicio de distribución de electricidad. En el mismo sentido, el art. 19 de los contratos de distribución eléctrica provinciales dispone que "[e]s de exclusiva responsabilidad de la Concesionaria realizar las inversiones necesarias para asegurar la prestación del Servicio Público conforme al nivel de calidad exigido en el Subanexo D...".

(23) Art. 30 del decreto provincial 1208/97, que reproduce parcialmente la disposición del art. 21 del decreto nacional 1398/92 párr. 2º.

(24) Ver Subanexo D de los contratos de concesión provincial del servicio de distribución de electricidad, sección 5.

proveer una tasa de rentabilidad a aquellos concesionarios "que operen en forma económica y prudente"<sup>(25)</sup>, estableciendo mecanismos de ajuste propios de los sistemas de *price cap*, en función de los cuales se permite el traslado a tarifas de las variaciones de costos que surgen de índices de precios predeterminados y externos al concesionario, afectados por un coeficiente que tiende a estimular la eficiencia en la operación del servicio<sup>(26)</sup>.

En definitiva, en el régimen tarifario de las concesiones otorgadas al amparo de la ley 11.769, como en todos aquellos que se inscriben en los sistemas tarifarios de tipo *price cap*, la posibilidad de obtener mayores o menores ganancias dependía de la eficiencia operativa lograda. Para llevar a la práctica este sistema, permitiendo a los concesionarios obtener los beneficios derivados de su eficiencia o —como contrapartida— evitando trasladar a los usuarios los mayores costos originados en su ineficiencia, resultaba trascendental la facultad otorgada a los concesionarios de definir su estrategia de inversión y, en general, de elegir libremente los medios a emplear para el cumplimiento de sus obligaciones.

El mismo criterio se extiende a la aplicación del régimen sancionatorio de las concesiones eléctricas, en el que se establecen infracciones de tipo objetivo, cuya configuración no depende de la culpabilidad del concesionario u otros factores subjetivos sino sólo de la verificación de diferencias entre los parámetros de calidad de servicio establecidos en los contratos de concesión y los índices de calidad del servicio efectivamente prestado<sup>(27)</sup>. La rigurosidad del régimen sancionatorio también encuentra justificación en el sistema de regulación por metas y la libertad de elección de medios otorgada a los concesionarios.

### 4 La reforma del régimen del sector eléctrico en la provincia de Buenos Aires

#### a) Planificación estatal y "control preventivo"

Como ya hemos señalado, la reforma sancionada por la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires se encamina esencialmente a incrementar la intervención del Estado en el desarrollo de las concesiones del servicio público de distribución eléctrica, avanzando sobre aspectos que, en el régimen anterior, formaban parte de la esfera de actuación exclusiva de concesionario.

Las principales herramientas elegidas para ese fin serían (i) los "planes directores", (ii) la contabilidad regulatoria y (iii) la creación de obligaciones relativas a la "confiabilidad y seguridad" de los sistemas.

De acuerdo con el nuevo texto del art. 53.j) del marco regulatorio, el plan director de los servicios de transporte y distribución de electricidad definirá las "políticas a adoptar y las estrategias públicas a cumplir para alcanzar los objetivos y metas fijadas" en la ley y será elaborado cada cinco años por el gobierno provincial a través del Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos, designado en la reforma como "autoridad de aplicación" del marco regulatorio.

De esta forma, se establece un mecanismo de intervención directa del Estado en la planificación de las inversiones y las acciones necesarias para alcanzar las metas de calidad de servicio, que en el régimen inicial de las concesiones se encontraba en la órbita de decisión exclusiva de los concesionarios.

Por otro lado, la contabilidad regulatoria, prevista en el nuevo art. 34 del marco regulatorio, permitirá al organismo de control exigir al concesionario registros contables especiales —que deberá llevar en forma paralela a los previstos en la ley de sociedades anónimas y las normas generales de contabilidad— en los que deberá incluir cuentas e información específica tendientes a facilitar el control de la aplicación de fondos a los destinos predeterminados por el regulador y el cumplimiento de las relaciones técnicas de carácter económico-financiero previstas en la reforma y que serán definidas por la reglamentación.

Finalmente, con la incorporación de parámetros obligatorios relativos a la confiabilidad y seguridad del sistema, prevista en el nuevo texto de los arts. 34, 35 y 52.g) del marco regulatorio, parece abrirse para el organismo de control (OCEBA) la posibilidad de fiscalizar al concesio-

(25) Art. 43 de la ley 11.769.

(26) Subanexo B del modelo de contrato de concesión provincial aprobado por el decreto 1208/97.

(27) Ver Subanexo D del modelo de contrato de concesión provincial aprobado por el decreto 1208/97.

nario, no sólo ya en función de los índices de calidad de suministro observados sino también "preventivamente", evaluando la aptitud de las redes y otras instalaciones para brindar adecuadamente el servicio aun cuando no se hayan verificado fallas en la calidad del servicio efectivamente prestado.

#### b) Otros aspectos relevantes de la reforma

Además de los nuevos mecanismos de intervención estatal, la ley provincial 13.173 contiene reformas importantes en relación con el régimen tarifario del servicio eléctrico.

Entre ellas, se destaca la disposición del nuevo art. 42.a), mediante la que se procura una solución a los problemas estructurales de la red de transmisión de la Provincia de Buenos Aires, incorporando en las tarifas de distribución el costo de expansión del sistema de transporte. Los recursos que se obtengan por ese concepto deberán depositarse en una cuenta fiduciaria creada al efecto, de acuerdo con lo establecido en el nuevo art. 42 bis.

Por otra parte, se elimina la prohibición de aplicar subsidios cruzados establecida en el inciso f) del artículo 42 antes de la reforma, lo que no sólo permite introducir la figura de la "tarifa social", prevista en el nuevo inciso ñ) del artículo 53, sino que podría dar lugar, en el futuro, a la implementación de otros mecanismos de redistribución de riqueza por vía tarifaria.

Adicionalmente, se fijan nuevas normas relativas a la organización institucional de la regulación del sector, otorgando mayores atribuciones al Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos, en su carácter de autoridad de aplicación del marco regulatorio (art. 53). Entre las nuevas funciones de la autoridad de aplicación se destaca la potestad de definir el régimen tarifario y los procedimientos para la determinación de los cuadros tarifarios que se incluirán en los contratos de concesión (inciso ñ) del art. 53), disposición que genera ciertas dudas acerca de la estabilidad de la regulación tarifaria frente a la posibilidad de que se determinen de manera unilateral condiciones que forman parte de acuerdos bilaterales. Otro de los aspectos vinculados con la organización institucional del sector es la creación de una "Sindicatura de Usuarios" dentro de la estructura del organismo regulador (art. 55 bis).

Se prevé, además, una mayor participación de los municipios en la organización del sector y, consecuentemente, un papel preponderante para los concesionarios de jurisdicción municipal, con especial énfasis en el sector de cooperativas (art. 20).

Se establecen, por otra parte, pautas obligatorias relativas a la organización interna de los concesionarios, tales como la obligación de mantener un 50% de los puestos del personal gerencial a cargo de profesionales argentinos (art. 53.d.4).

Otra novedad importante es el reconocimiento a favor de los usuarios del derecho de un abastecimiento "mínimo y vital", considerado en la reforma como "derecho inherente a todos los habitantes de la Provincia de Buenos Aires". Mediante esta nueva disposición —que parece estar dirigida a usuarios residenciales— el gobierno provincial procurará, en principio, evitar la interrupción total del servicio por falta de pago, aun cuando no se especifican los mecanismos concretos mediante los cuales se pretende limitar el suministro al nivel "mínimo y vital" ni se establece cuál es ese nivel, aspectos que deberá resolver la reglamentación.

Tampoco se especifica quién estará a cargo de solventar el pago del servicio "mínimo y vital" frente al eventual incumplimiento en el pago por parte de los usuarios ni la forma en que se compensará a los concesionarios por los eventuales descensos en la tasa de cobrabilidad del servicio a su cargo frente a la supresión de la principal herramienta de que disponía para lograr el cobro de las facturas en mora, lo que permite suponer que dicha compensación se instrumentará por vía tarifaria.

#### 5 Consideraciones finales y algunos interrogantes sobre la reforma

La eliminación de las restricciones que el propio Estado se había impuesto en la regulación de las concesiones provinciales de electricidad para intervenir en la estrategia de inversión de los concesionarios y la creación de diversas herramientas destinadas a permitir una mayor participa-

ción estatal en el desarrollo de las concesiones, entre las cuales se destaca la facultad de delinear los planes directores que deberán ejecutar los concesionarios, constituyen cambios fundamentales en el régimen de los servicios públicos en la Provincia de Buenos Aires.

Por cierto, no puede ponerse en duda la facultad —y el deber— del Estado de realizar los ajustes que resulten necesarios para adaptar la regulación de los servicios públicos a los nuevos y dinámicos requerimientos de la comunidad y para subsanar los aspectos del régimen vigente que —en función de más de una década de experiencia en la práctica regulatoria— aparezcan como deficitarios, respetando los derechos adquiridos pero sin atarse a dogmatismos ni esquemas exageradamente rígidos una vez que se verifica que existen necesidades públicas que no pueden ser satisfechas sin aquellas reformas.

Sin embargo, el retorno a modelos que tienden a la planificación centralizada plantea ciertos interrogantes, cuyas respuestas no pueden ensayarse *a priori* con precisión en tanto dependen del alcance y modo en que se lleve a la práctica esa intervención estatal a través de los nuevos mecanismos creados.

No obstante ello, es posible prever —al menos en el plano teórico— una serie de efectos jurídicos en la relación entre el Estado y los concesionarios en aspectos tales como la distribución de los riesgos derivados del contrato de concesión y la aplicación del régimen sancionatorio y el sistema tarifario, entre otros.

En primer lugar, es preciso distinguir dentro de la reforma las disposiciones que tienden a posibilitar un grado razonable de supervisión estatal respecto de la ejecución de las inversiones a cargo del concesionario de aquellas que otorgan a las autoridades regulatorias la potestad de diseñar la estrategia de inversión.

Con relación a las primeras, es decir, a las disposiciones que prevén el control estatal de la ejecución de obras y demás acciones necesarias para el cumplimiento de las metas de calidad y expansión del servicio, entendemos que, en la medida en que los reguladores ejerzan esa función con miras al logro de tales metas, evitando transformar los planes de obras y acciones en obligaciones de invertir sumas de dinero determinadas o asimilar la función regulatoria con la supervisión de contratistas de obra pública, resulta razonable y conveniente que se provea a los organismos de control de herramientas jurídicas idóneas para ese fin<sup>(28)</sup>.

En cuanto a la atribución otorgada a las autoridades regulatorias de definir la estrategia de inversión de los concesionarios, es indudable que las consecuencias en la relación entre éstos y el Estado dependerán del grado o alcance de la intervención que asuman; concretamente las autoridades al establecer los "planes directores".

Cuanto mayor sea el grado de detalle de la planificación estatal y, eventualmente, el grado de "coestión", más compleja será la distribución de los riesgos derivados del contrato de concesión, en particular del área empresarial<sup>(29)</sup>, y más controvertida la atribución de responsabilidad por fallas en el servicio.

En el sistema de regulación por resultados, es clara la responsabilidad del concesionario en caso de que el servicio no cumpla con los niveles de calidad estipulados en el

(28) Con relación a este tema, MARTÍNEZ DE VEDIA señala que, en las concesiones de distribución eléctrica de jurisdicción federal, en las que rige un sistema de regulación por resultados, la ausencia de mecanismos de control sobre la ejecución de las obras y otros medios tendientes a obtener esos resultados impidió prevenir eventos tales como el recordado apagón ocurrido en la ciudad de Buenos Aires en febrero de 1999 por causa de un incendio en la Subestación Azopardo, operada por Edeaur. El autor citado opina que la función de control debería combinar el control de resultados y el control de medios, no obstante lo cual cita un informe de la consultora internacional NERA que destaca los buenos resultados obtenidos en general a través del modelo de resultados de calidad (*La organización en la regulación de servicios públicos*, Buenos Aires, 2003, pág. 219).

(29) Se entiende por área empresarial a aquella integrada por los riesgos comerciales internos del negocio, tales como errores de cálculo en el diseño y ejecución de obras; daños ocurridos en bienes afectados a la ejecución del contrato, dificultades materiales en la ejecución de obras u otras prestaciones comprometidas, entre otros, a los que podrían agregarse errores en la elección de la tecnología a aplicarse en la ejecución de obras y, en general, las consecuencias derivadas de la ineficiencia de la empresa. Se excluyen de esta figura los riesgos que forman parte del área administrativa, que comprende el *factum principis* y la potestad *variandi*, así como el área económica, constituida por el riesgo comercial externo al negocio y al comportamiento de las partes, entendido como la alteración de condiciones económicas generales tales como el índice de precios, alzas salariales, etc. (GRANILLO OCAMPO, RAÚL ENRIQUE, *Distribución de los riesgos en la contratación administrativa*, Buenos Aires, 1990, págs. 6 y 7).

contrato (salvo eximentes específicos). Al intervenir ahora el Estado en decisiones relevantes sobre el modo en que el concesionario ejecutará las prestaciones a su cargo, se tornará necesario determinar quién debe responder en el supuesto de que tales prestaciones no cumplan con las condiciones estipuladas, en cuyo caso cada parte debería asumir las consecuencias de sus propias decisiones.

Por otra parte, si la intervención del Estado en la planificación de inversiones limitara excesivamente la esfera de libertad del concesionario en la dirección de la empresa y la explotación económica del servicio, podría verse afectada la vigencia efectiva de los incentivos provistos por el sistema tarifario de precios máximos o *price cap*, en función de los cuales el concesionario puede aumentar o ver reducida su rentabilidad durante un determinado período de acuerdo con el nivel de eficiencia alcanzado en la prestación del servicio. Ciertamente, en la medida en que las decisiones de inversión y la dirección de la empresa no sean asumidas por el concesionario, carecería de sentido y justificación aplicar a aquél los "premios y castigos" derivados de este sistema tarifario.

En definitiva, entendemos que el nuevo modelo de regulación permite al Estado una mayor injerencia en la gestión del servicio y genera, en consecuencia, un mayor reparto de los riesgos que, en el régimen anterior, se concentraban en cabeza del concesionario. Considerando los antecedentes de gestión estatal de los servicios públicos registrados en nuestro país, no sería improbable que las consecuencias de las decisiones no imputables a los concesionarios sean trasladadas a los usuarios a través de las tarifas o la calidad del servicio recibido.

#### JURISPRUDENCIA

#### Vicios Redhibitorios:

Locación: emanaciones cloacales; dormitorio; prueba; reducción del canon locativo.

1 - *Corresponde tener por probado el defecto oculto, pues la tapa cloacal-oculta- en un recinto interno de la propiedad- para agravar el cuadro, en el dormitorio- existe según surge de autos; y los olores fétidos que de la misma provendrían fueron comprobados por la testigo arquitecta propuesta por la actora y son explicados técnicamente por el perito designado en autos, a pesar de no haber podido verificarlos personalmente, admite que las emanaciones es razonable que se produzcan en días de humedad y poco viento, debido a la imperfecta aislación de la tapa de la cámara, construida con un material poroso como lo es el cemento; lo que debió evitarse sellando la tapa con un material aislante y ventilando la cámara de aire debajo del piso.*

2 - *Para que el vicio oculto pueda ser tenido por grave, no es imprescindible que anule totalmente la habitabilidad de la propiedad, bastando, como en autos, que la restrinja, haciendo incómodo y desapropiado el uso para el cual fue rentada. Tampoco es necesario que la locadora haya conocido previamente los vicios ocultos, pudiendo inclusive los mismos haber sobrevenido ya iniciada la locación.*

3 - *Habiendo la locataria reclamado la disminución de los alquileres abonados desde el inicio de la locación conforme así lo autoriza el art. 1525 del cód. civil y sopesando la gravedad del vicio oculto (emanaciones de una cámara cloacal oculta en el dormitorio), su carácter no permanente, las características de la unidad locada, el ofrecimiento para la rescisión del contrato de la locación que hiciera la locadora oportunamente y la permanencia de la actora en la unidad arrendada, corresponde fijar la reducción de los arriendos -por los 24 meses del contrato- en un 20%, que la demandada deberá restituir a la accionante. M.M.F.L.*

52.654 - CNCiv., sala M, octubre 15-2003. - Del Cerro, Sandra Beatriz c. Kutchal, Alicia Beatriz s/vicios redhibitorios.

En Buenos Aires, a los 15 días del mes de octubre de 2003, hallándose reunidos los señores jueces de la sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Hernán Daray, Miguel Vilar y Gladys Álvarez, a fin de pronunciarse en los autos: Del Cerro, Sandra Beatriz c. Kutchal, Alicia Beatriz s/vicios redhibitorios.

El doctor Daray dijo:

Apela la parte actora la sentencia de grado que rechaza su demanda, para lo cual expresa sus quejas a fs. 261/265.