

Derecho Administrativo

REVISTA DE DOCTRINA, JURISPRUDENCIA,
LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA

DIRECTOR

Juan Carlos Cassagne

CONSEJO DE REDACCIÓN

Pedro Aberastury (h)

Alberto B. Bianchi

Julio R. Comadira

Beltrán Gambier

Agustín Gordillo

Ricardo M. Ortiz

Pablo E. Perrino

Daniel F. Soria

Guido S. Tawil

SECRETARIOS DE REDACCIÓN

Jorge I. Muratorio

Gabriel L. Rizzo

Alejandro Rossi

Carlos A. Zubiaur

SECRETARIOS DE REDACCIÓN ADJUNTOS

Fernando J. Lima

Gerónimo Rocha Pereyra

36/38



LexisNexis™

Depalma

2001

EFICIENCIA Y TARIFAS (CON ESPECIAL REFERENCIA AL FACTOR X)

por ESTELA B. SACRISTÁN

I. PLANTEO ¹

En general, cuando se piensa en la noción de eficiencia, se comparan medios y fines; se afirma, de manera intuitiva, que un medio es eficiente cuando sirve para alcanzar un fin determinado, al menor costo; provisionalmente, entonces, puede decirse que la eficiencia suele asociarse con el hecho de emplear la menor cantidad posible de recursos —*input*— para obtener una determinada cantidad de producto o *output* ²; en otras palabras, la eficiencia de una operación económica reside en que, pudiéndose obtener un mismo producto con distintos procedimientos, se escoge aquel que importa el menor costo ³. Por cierto, no podemos confundir la noción de eficiencia con la de eficacia ⁴; al pensar en la noción de eficacia, de lo eficaz o efectivo, se tiene, generalmente, en cuenta, la obtención de un fin, de un objetivo: así, por ejemplo, se dice que una solución

¹ La autora agradece el apoyo brindado por el Dr. Juan C. Cassagne, así como la colaboración de Peter Vass, director del *Centre for the Study of Regulated Industries*, Universidad de Bath, UK, de Jan Marchant, de ese Centro, y de Diane Rowland y Geoffrey Davies, del Department for Trade and Industry, UK.

² Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, *La regulación de la competencia y de los servicios públicos. Teoría y experiencia argentina reciente*, Buenos Aires, 1999, p. 48 y p. 66, nota 1; BEKER, Víctor A. - MOCHÓN, Francisco, *Economía*, 1ª ed. en español, McGraw Hill, Madrid, 1994, p. 64; SAMUELSON, Paul A. - NORDHAUS, William D., *Economics*, 15ª ed., Mc Graw Hill, New York, 1995, p. 31.

³ VALSECCHI, Francisco, *¿Qué es la economía?*, 20ª ed., Macchi, Buenos Aires, 1996, p. 20.

⁴ GAMBIER, Beltrán, "El principio de igualdad en la licitación pública y la potestad modificatoria en los contratos administrativos". *REDA*, nro. 19/20, Depalma, Buenos Aires, 1995, ps. 441 y ss., esp. ps. 453 y ss.

es eficaz o efectiva cuando sirve para resolver un determinado problema, independientemente de los costos ⁵.

En materia de servicios públicos, en un marco estatista ⁶, donde el Estado-empresario los presta a través de alguna forma societaria total o preponderantemente estatal, la cuestión de la eficiencia —en los términos referidos— no parece haber merecido, históricamente, mayores preocupaciones. Ello, tal vez, en razón de que cuando un servicio es prestado por el Estado, no existen grandes incentivos para una actuación eficiente, desembocándose, naturalmente, en la ineficiencia ⁷, que, a su vez, se refleja en las tarifas que percibe la empresa estatal ⁸.

En cambio, cuando el servicio público es prestado por una firma privada, la cuestión adquiere otras características ⁹. En efecto, en el marco regulatorio de importantes servicios públicos actualmente privatizados, se toma en cuenta la eficiencia de la empresa prestadora en relación a las tarifas que percibe; es,

⁵ Ampliar en CASSAGNE, Juan C., *Derecho administrativo*, t. II, 6ª ed. act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 439; MURATORIO, Jorge, "La regulación constitucional de los servicios públicos en la reforma de 1994", en CASSAGNE, Juan C. (dir.), *Estudios sobre la reforma constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 135; para el específico campo de la eficiencia en los servicios públicos en sentido amplio, antes de las privatizaciones, GUARESTI, Juan J. (h.), "La eficiencia en los servicios públicos", LL, 79-859 y ss.

⁶ Acerca de los modos de gestión de los servicios públicos, véase CASSAGNE, Juan C., *Derecho...*, cit., t. II, ps. 439 y ss.

⁷ CASSAGNE, Juan C., *Derecho...*, cit., t. II, p. 424, donde alude a una "ineficiencia natural"; GORDILLO, Agustín, *Participation in latin America*, Vantage Press, New York, 1982, p. 16, y, del mismo autor, *Tratado de derecho administrativo. La defensa del usuario y del administrado*, t. II, 4ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, ps. VII-21 y ss.; BARRA, Rodolfo C., "Reforma del Estado", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Separata del Apéndice VII, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1995, p. 3; RODRÍGUEZ CHIRILLO, Eduardo J., *Privatización de la empresa pública y posprivatización*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 79 y nro. 82; NALLAR, Daniel M., *El estado regulador y el nuevo mercado del servicio público. Análisis jurídico sobre la privatización, la regulación y los entes reguladores*, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 9. Ampliar en Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericana, *La regulación...*, cit., p. 48 y en VICKERS, John, voz "Privatization", en NEWMAN, Peter (ed.), *The new palgrave dictionary of economics and the law*, Vol. III, MacMillan, London, 1998, ps. 122 y ss., esp. ps. 123.

⁸ Tal cuestión ha sido minuciosamente estudiada por Bös, Dieter, *Pricing and price regulation. An economic theory for public enterprises and public utilities*, Elsevier, Amsterdam, 1994, ps. 14 y ss.

⁹ Señala CASSAGNE, *Derecho...*, cit., t. II, p. 439, que, conforme el principio de subsidiariedad, existe una regla general que determina que la prestación de los servicios públicos debe ser efectuada por los particulares, justificándose la asunción de la gestión directa del Estado solamente cuando la iniciativa privada revele desinterés, insuficiencia o ineficacia. Acerca de la presencia irrenunciable del Estado en tanto gestor del bien común, aun ante servicios privatizados, véase COMADIRA, Julio, "Reflexiones sobre la regulación de los servicios públicos privatizados y los Entes Reguladores (con particular referencia al Enargas, Enre, CNT y Etoss)", en su *Derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 215.

a título de ejemplo, el caso del transporte y distribución del gas ¹⁰ y de la energía eléctrica ¹¹, y de la provisión de agua corriente y cloacas ¹².

Ahora, cabe preguntarse qué puede entenderse por eficiencia (concepto que, en relación a los servicios públicos en general posee *status* constitucional ¹³) y cómo se refleja en las tarifas que percibe la empresa prestadora, sea que se hallen aquéllas regladas bajo un sistema de precio tope o máximo o *price cap*, o bajo un sistema de tasa de retorno o de rendimiento o *rate of return*.

Por ello, en las líneas que siguen, repasaremos generalidades en torno a la noción de eficiencia y la incidencia de las fallas del mercado (sección II), y abordaremos múltiples cuestiones de interés en relación a la eficiencia en las tarifas regladas por el sistema de *price caps*, incluyendo:

- generalidades (sección III, a),
- aclaraciones (sección III, b),
- los elementos del *price cap* (sección III, c),
- la naturaleza del factor X (sección III, d),

¹⁰ Ley 24.076, art. 39: "A los efectos de posibilitar una razonable rentabilidad a aquellas empresas que operen con eficiencia, las tarifas que apliquen los transportistas y distribuidores deberán contemplar: (...) b) Que guarde relación con el grado de eficiencia y prestación satisfactoria de los servicios"; y art. 41: "En el curso de la habilitación las tarifas se ajustarán de acuerdo a una metodología elaborada en base a indicadores de mercado internacional que reflejen los cambios de valor de bienes y servicios representativos de las actividades de los prestadores. Dichos indicadores serán, a su vez, ajustados, en más o en menos, por un factor destinado a estimular la eficiencia y, al mismo tiempo, las inversiones en construcción, operación y mantenimiento de instalaciones (...)".

¹¹ Ley 24.065, art. 41: "Las tarifas que apliquen los transportistas y distribuidores deberán posibilitar una razonable tasa de rentabilidad, a aquellas empresas que operen con eficiencia. Asimismo, la tasa deberá: a) Guardar relación con el grado de eficiencia y eficacia operativa de la empresa; b) Ser similar, como promedio de la industria, a la de otras actividades de riesgo similar o comparable nacional e internacionalmente"; y art. 42: "Los contratos de concesión a transportistas y distribuidores incluirán un cuadro tarifario inicial que será válido por un período de cinco (5) años y se ajustará a los siguientes principios: a) Establecerá las tarifas iniciales que correspondan a cada tipo de servicio ofrecido, tales bases serán determinadas de conformidad con lo dispuesto en los arts. 40 y 41 de la presente ley; (...) c) El precio máximo será determinado por el ente de acuerdo con los indicadores de mercados que reflejen los cambios de valor de bienes y/o servicios. Dichos indicadores serán a su vez ajustados, en más o en menos, por un factor destinado a estimular la eficiencia y, al mismo tiempo, las inversiones en construcción, operación y mantenimiento de instalaciones (...)".

¹² Dec. 999/1992, arts. 44 y 47, que disponen, respectivamente, que: "El monto resultante de las tarifas facturadas a los Usuarios deberá permitir al Concesionario, cuando éste opere eficientemente, obtener ingresos suficientes para satisfacer los costos implícitos en la operación, mantenimiento y expansión de los servicios prestados"; y que "El Ente Regulador ejercerá la regulación tarifaria en base al análisis que él mismo realice de los planes de mejoras y expansión que el Concesionario presente periódicamente. La variable de regulación tarifaria será el monto de ingresos que el Concesionario reciba por los servicios que preste en función del número de Usuarios servidos en cada año, y las condiciones de eficiencia que se propongan en cada plan".

¹³ Ampliar en MURATORIO, "La regulación...", cit., ps. 134 y ss.

— la eficiencia inicial y cuestiones de información y de política económica (sección III, e),

— las diversas ganancias no esperadas de la firma, en especial, la cuestión de las denominadas “ganancias excesivas” y la revisión anticipada del factor X (sección III, f),

— la redeterminación del factor X (sección III, g),

— y la cuestión de aquella clase de ganancias con posterioridad al primer quinquenio (sección III, h)).

Luego se repasarán nociones generales en relación a las tarifas regladas por el sistema de *rate of return* (sección IV, a), y mencionaremos las críticas que se han suscitado a propósito de la cuestión de la eficiencia en ese sistema (sección IV, b).

Finalmente, se expresarán las conclusiones que estimamos relevantes (sección V) ¹⁴.

II. EN TORNO A LA NOCIÓN DE EFICIENCIA.

INCIDENCIA DE LAS FALLAS DEL MERCADO

El concepto que nos ocupa presenta pluralidad de acepciones y de clasificaciones en la doctrina económica, lo cual, como se afirmara, dota a éste de aristas difusas ¹⁵. A fin de acercarnos al objeto de este trabajo, repasemos algunas de ellas, comenzando por el hito establecido en 1966 por Liebenstein, quien contribuyó crucialmente al pensamiento económico al efectuar una publicación ¹⁶ en la cual no sólo creó —tal vez involuntariamente— una ley económica, que lleva su nombre, sino también al establecer la distinción entre eficiencia de asignación (*allocative efficiency*) y eficiencia X.

La ley económica que mencionamos se refiere a que, sin importar cuán adecuadamente haya sido diseñada una organización —pública o privada— inicialmente, la misma tenderá inevitablemente, a la ineficiencia ¹⁷, que el citado autor denomina “ineficiencia X”. En oposición a la mencionada categoría, el autor citado sistematizó el concepto de “eficiencia X”, que depende de tres elementos: eficiencia motivacional intraempresa; eficiencia motivacional ex-

¹⁴ Dado que excede los límites de este trabajo, no se incluye el análisis del factor K.

¹⁵ Ampliar en BUDASSI, Iván F., “Licencias y concesiones. Un estudio comparativo entre los sistemas del Reino Unido y la Argentina”. *REDA*, Depalma, Buenos Aires, 1997, nro. 24/26, ps. 227 y ss., esp. p. 253; y en Instituto de Economía Energética Asociado a Fundación Bariloche, *Los nuevos marcos regulatorios en el sector energético argentino*, San Carlos de Bariloche, mayo 1993, ps. 8 y ss.

¹⁶ LIEBENSTEIN, Harvey. “Allocative Efficiency versus X-Efficiency”, *American Economic Review*, vol. LVI, nro. 3, junio 1966, ps. 392 y ss.

¹⁷ LIEBENSTEIN. “Allocative...”, cit., ps. 413: *For a variety of reasons people and organizations normally work neither as hard nor as effectively as they could.*

terna; y eficiencia de *inputs* extramercado ¹⁸. Aquella ineficiencia puede solucionarse, en el sector privado, a través de la actuación de los dueños (*owners*) de la organización o empresa; en cambio, en el sector público, aquélla resulta de difícil corrección porque la propiedad de la empresa se halla altamente diluida entre toda la ciudadanía ¹⁹. Esa ineficiencia X, a su vez, puede ser exógena y endógena, según el origen de sus causas ²⁰: la plana gerencial de una organización puede ser ineficiente por ausencia de objetivos de la firma adecuadamente definidos, o por tener que hacer frente a engorrosas tramitaciones establecidas en las regulaciones del sector de que se trate.

Además, según Liebenstein, existen dos clases de eficiencia que corren por distintos derroteros: la eficiencia asignativa y la eficiencia X ²¹; la primera no es definida por el autor; la segunda posee un fuerte componente de motivación. Las empresas de propiedad estatal se caracterizarían, en esta escena, por los costos ineficientemente elevados, hallándose administradas por un nivel gerencial que no es dueño de la empresa, o beneficiadas por precios fijados sobre la base de los costos tal que éstos siempre se hallan cubiertos, lo cual —en ambos casos— genera una ineficiencia X ²². La distinción señalada posee relevancia jurídica por dos razones: por un lado, las dos clases de eficiencia que nos ocupan generan movimientos disímiles (una empresa puede tener una óptima asignación de recursos y elevados costos derivados de contratos laborales incompletos ²³); además, el aumento de los ingresos por mediar una mejor eficiencia asignativa resulta trivial comparado con el aumento derivado de una mayor eficiencia X ²⁴.

La doctrina económica en general entiende que la eficiencia “asignativa” consiste en hacer uso de los medios de producción menos costosos ²⁵; esta clase

¹⁸ Ampliar en LIEBENSTEIN, “Allocative...”, cit., ps. 406/407.

¹⁹ Tal es la tesis de DONAHUE, John D., *The privatization decision*, Harper Collins, s/l, 1989, ps. 49 y ss., esp. p. 50.

²⁰ Cfr. VISPO, Adolfo, *Los entes de regulación. Problemas de diseño y contexto. Aportes para un debate urgente en la Argentina*, Norma, Buenos Aires, 1999, p. 151.

²¹ LIEBENSTEIN, “Allocative...”, cit., ps. 399 y 413.

²² Ampliar en WEYMAN-JONES, Thomas G., “Regulating the privatized electricity utilities in the UK”, en CLARKE, Thomas - PTELIS, Christos (eds.), *The political economy of privatization*, Routledge, London, 1993, ps. 98 y ss.

²³ El ejemplo es de LIEBENSTEIN, “Allocative...”, cit., p. 407. Acerca de esta clase de contratos, véase MATA, Ismael, “Panorama del control sobre los entes reguladores”, ED, 30/3/2001, secc. III.

²⁴ LIEBENSTEIN, “Allocative...”, cit., p. 413, quien menciona, para la primera, un aumento del 0 al 10%, y uno superior al 10% para la segunda.

²⁵ ARMSTRONG, Mark - COWAN, Simon - VICKERS, John, *Regulatory reform: economic analysis and british experience*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1999, p. 13; WEYMAN-JONES, Thomas G., “Regulating...”, cit., ps. 98 y ss.; Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericana, *La regulación...*, cit., ps. 48 y 66, nro. 1.

de eficiencia se relacionaría con que los precios de los bienes y factores reflejen su verdadera escasez, en el sentido de que el precio sea igual al costo marginal ²⁶. Por otro lado, la eficiencia "técnica" consiste en que la organización no produzca más *outputs* que los *inputs* que haya adoptado, y, así delineada, se emparentaría con lo que se conoce como eficiencia de producción o eficiencia productiva (*productive efficiency*) ²⁷, la cual relaciona *inputs* o costos y *outputs* o productos y tiende a la minimización de costos en la producción. Tanto en el caso de la eficiencia asignativa como en el de la eficiencia productiva, se puede reducir el factor de ineficiencia X si se permite que la organización, de alguna manera, aproveche las mayores ganancias derivadas de ser más eficiente.

También conoce el pensamiento económico los conceptos de eficiencia "estática" y "dinámica" ²⁸; la primera, apunta a si se alienta el proceso deseado y la innovación del producto y a si el sistema produce respuestas flexibles ante los cambios en la demanda ²⁹, a la vez que la eficiencia estática apunta al buen empleo de los medios existentes ³⁰.

Finalmente, existe el concepto de eficiencia "interna", que consiste en un esfuerzo óptimo dado un *output* o producto, que cabe diferenciar del concepto de eficiencia asignativa ya mencionado, que puede ser considerado un *output* o producto óptimo dado un esfuerzo ³¹.

A modo de digresión, y específicamente en relación a la eficiencia asignativa, puede destacarse que aquélla se verificará cuando sea imposible reorganizar la producción o el consumo tal que la satisfacción de una persona no implique la insatisfacción de otra; en pocas palabras, la eficiencia asignativa conlleva que nadie puede estar en una situación mejor sin que otro esté en una situación peor ³². En un marco de competencia perfecta, una economía de mer-

²⁶ ARMSTRONG, Mark - COWAN, Simon - VICKERS, John, *Regulatory...*, cit., p. 13; SAMUELSON, Paul A. - NORDHAUS, William D., *Economics*, cit., p. 264.

²⁷ SAMUELSON, Paul A. - NORDHAUS, William D., *Economics*, cit., p. 264; ARMSTRONG, Mark - COWAN, Simon - VICKERS, John, *Regulatory...*, cit., p. 13; Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericana, *La regulación...*, cit., ps. 48 y 66, nro. 1.

²⁸ ROWTHORN, Bob - CHANG, Ha-Joon, "Public Ownership and the Theory of the State", en CLARKE, Thomas - PITELIS, Christos (eds.), *The political...*, cit., ps. 60 y ss.; COOTER, Robert - ULEN, Thomas, *Law and economics*, Harper Collins Publishers, 1988, p. 17; BALDWIN, Robert - CAVE, Martin, *Understanding regulation. Theory, strategy and practice*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 81.

²⁹ BALDWIN, Robert - CAVE, Martin, *Understanding...*, cit., p. 81.

³⁰ ROWTHORN, Bob - CHANG, Ha-Joon, "Public...", cit., p. 61, quienes citan el caso de la ineficiencia generada por el mal empleo de ciertos subsidios —*open-ended subsidies*— por parte de las empresas estatales.

³¹ VICKERS, John - YARROW, George, *Privatization. An economic analysis*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1997, p. 100, y su cita.

³² SAMUELSON, Paul A. - NORDHAUS, William D., *Economics*, cit., p. 264.

cado revelará eficiencia asignativa; sin embargo, esta situación ideal se desdibuja ante lo que se denomina "fallas del mercado", las cuales repasaremos a continuación.

Las fallas de mercado, sintéticamente, consisten en: a) competencia imperfecta, b) externalidades, y c) información imperfecta ³³.

La competencia imperfecta genera ineficiencias porque cuando una empresa tiene poder de mercado en una determinada plaza (por ej., la distribución eléctrica en determinada área geográfica), podría elevar el precio del producto por encima del costo marginal, adquiriendo los consumidores menos de ese producto y generándose una ineficiencia: la insatisfacción de estos últimos ³⁴. Las externalidades aparecen cuando alguno de los efectos laterales de la producción o el consumo no son incluidos en el precio de mercado. Ello puede suceder tanto respecto de una externalidad negativa (por ej., polución derivada de sulfuros lanzados al aire por una fábrica, y consecuentes daños a personas y cosas), como de una positiva (por ej., un plan masivo de vacunación, que beneficia al vacunado y a sus pares, que no serán contagiados) ³⁵. La tercera falla enumerada es la de la información imperfecta o asimétrica ³⁶. Se afirma que un mercado guiado por la mano invisible presume que todos los consumidores, por ejemplo, saben exactamente qué consumen. Pero la realidad dista de esta situación, y es entonces cuando el Estado debe velar por que los consumidores tomen decisiones contando con la información previa adecuada (por ej., saber cuánto consume por hora una heladera que opere eficientemente desde el punto de vista de la energía, para saber cuándo hay que cambiarla por vetusta e ineficiente ³⁷ o saber cuáles son los costos de una regulación en relación a sus beneficios ³⁸).

Hasta aquí, hemos repasado qué se puede entender por eficiencia desde el punto de vista económico, señalándose algunas consecuencias jurídicas. Ve-

³³ SAMUELSON, Paul A. - NORDHAUS, William D., *Economics*, cit., p. 272.

³⁴ SAMUELSON, Paul A. - NORDHAUS, William D., *Economics*, cit., p. 272.

³⁵ SAMUELSON, Paul A. - NORDHAUS, William D., *Economics*, cit., p. 272.

³⁶ ARMSTRONG, Mark - COWAN, Simon - VICKERS, John, *Regulatory...*, cit., p. 12.

³⁷ SAMUELSON, Paul A. - NORDHAUS, William D., *Economics*, cit., p. 280.

³⁸ CUADROS, Oscar A., *Bases constitucionales de la regulación pública*, Universidad Católica de Cuyo, Fondo Editorial de la Universidad Católica de Cuyo, San Juan, 1999, p. 93. Recordemos que este análisis es moneda corriente en los Estados Unidos; en efecto, en 1981, a propuesta del entonces Presidente Ronald Reagan, se estableció que las propuestas de reglamentos se enviarían a la Oficina de Información y de Regulaciones de la Oficina de Administración y Presupuesto (*Office of Information and Regulatory Affairs in the Office of Management and Budget*) a fin de que el OMB (funcionario a cargo de Administración y Presupuesto) pudiera bloquear aquellas regulaciones que, a su juicio, demandaran costos que excedieran los beneficios; ampliar en nuestro "Las sesiones públicas (*open meetings*) del Derecho Administrativo norteamericano como forma de publicidad de la actividad administrativa", REDA, Depalma, Buenos Aires, 1998, nro. 27/29, ps. 389 y ss., esp. p. 395.

de eficiencia se relacionaría con que los precios de los bienes y factores reflejen su verdadera escasez, en el sentido de que el precio sea igual al costo marginal ²⁶. Por otro lado, la eficiencia "técnica" consiste en que la organización no produzca más *outputs* que los *inputs* que haya adoptado, y, así delineada, se emparentaría con lo que se conoce como eficiencia de producción o eficiencia productiva (*productive efficiency*) ²⁷, la cual relaciona *inputs* o costos y *outputs* o productos y tiende a la minimización de costos en la producción. Tanto en el caso de la eficiencia asignativa como en el de la eficiencia productiva, se puede reducir el factor de ineficiencia X si se permite que la organización, de alguna manera, aproveche las mayores ganancias derivadas de ser más eficiente.

También conoce el pensamiento económico los conceptos de eficiencia "estática" y "dinámica" ²⁸; la primera, apunta a si se alienta el proceso deseado y la innovación del producto y a si el sistema produce respuestas flexibles ante los cambios en la demanda ²⁹, a la vez que la eficiencia estática apunta al buen empleo de los medios existentes ³⁰.

Finalmente, existe el concepto de eficiencia "interna", que consiste en un esfuerzo óptimo dado un *output* o producto, que cabe diferenciar del concepto de eficiencia asignativa ya mencionado, que puede ser considerado un *output* o producto óptimo dado un esfuerzo ³¹.

A modo de digresión, y específicamente en relación a la eficiencia asignativa, puede destacarse que aquella se verificará cuando sea imposible reorganizar la producción o el consumo tal que la satisfacción de una persona no implique la insatisfacción de otra; en pocas palabras, la eficiencia asignativa conlleva que nadie puede estar en una situación mejor sin que otro esté en una situación peor ³². En un marco de competencia perfecta, una economía de mer-

²⁶ ARMSTRONG, Mark - COWAN, Simon - VICKERS, John, *Regulatory...*, cit., p. 13; SAMUELSON, Paul A. - NORDHAUS, William D., *Economics*, cit., p. 264.

²⁷ SAMUELSON, Paul A. - NORDHAUS, William D., *Economics*, cit., p. 264; ARMSTRONG, Mark - COWAN, Simon - VICKERS, John, *Regulatory...*, cit., p. 13; Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericana, *La regulación...*, cit., ps. 48 y 66, nro. 1.

²⁸ ROWTHORN, Bob - CHANG, Ha-Joon, "Public Ownership and the Theory of the State", en CLARKE, Thomas - PITELIS, Christos (eds.), *The political...*, cit., ps. 60 y ss.; COOTER, Robert - ULEN, Thomas, *Law and economics*, Harper Collins Publishers, 1988, p. 17; BALDWIN, Robert - CAVE, Martin, *Understanding regulation. Theory, strategy and practice*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 81.

²⁹ BALDWIN, Robert - CAVE, Martin, *Understanding...*, cit., p. 81.

³⁰ ROWTHORN, Bob - CHANG, Ha-Joon, "Public...", cit., p. 61, quienes citan el caso de la ineficiencia generada por el mal empleo de ciertos subsidios —*open-ended subsidies*— por parte de las empresas estatales.

³¹ VICKERS, John - YARROW, George, *Privatization. An economic analysis*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1997, p. 100, y su cita.

³² SAMUELSON, Paul A. - NORDHAUS, William D., *Economics*, cit., p. 264.

cado revelará eficiencia asignativa; sin embargo, esta situación ideal se desdibuja ante lo que se denomina "fallas del mercado", las cuales repasaremos a continuación.

Las fallas de mercado, sintéticamente, consisten en: a) competencia imperfecta, b) externalidades, y c) información imperfecta ³³.

La competencia imperfecta genera ineficiencias porque cuando una empresa tiene poder de mercado en una determinada plaza (por ej., la distribución eléctrica en determinada área geográfica), podría elevar el precio del producto por encima del costo marginal, adquiriendo los consumidores menos de ese producto y generándose una ineficiencia: la insatisfacción de estos últimos ³⁴. Las externalidades aparecen cuando alguno de los efectos laterales de la producción o el consumo no son incluidos en el precio de mercado. Ello puede suceder tanto respecto de una externalidad negativa (por ej., polución derivada de sulfuros lanzados al aire por una fábrica, y consecuentes daños a personas y cosas), como de una positiva (por ej., un plan masivo de vacunación, que beneficia al vacunado y a sus pares, que no serán contagiados) ³⁵. La tercera falla enumerada es la de la información imperfecta o asimétrica ³⁶. Se afirma que un mercado guiado por la mano invisible presume que todos los consumidores, por ejemplo, saben exactamente qué consumen. Pero la realidad dista de esta situación, y es entonces cuando el Estado debe velar por que los consumidores tomen decisiones contando con la información previa adecuada (por ej., saber cuánto consume por hora una heladera que opere eficientemente desde el punto de vista de la energía, para saber cuándo hay que cambiarla por vetusta e ineficiente ³⁷ o saber cuáles son los costos de una regulación en relación a sus beneficios ³⁸).

Hasta aquí, hemos repasado qué se puede entender por eficiencia desde el punto de vista económico, señalándose algunas consecuencias jurídicas. Ve-

³³ SAMUELSON, Paul A. - NORDHAUS, William D., *Economics*, cit., p. 272.

³⁴ SAMUELSON, Paul A. - NORDHAUS, William D., *Economics*, cit., p. 272.

³⁵ SAMUELSON, Paul A. - NORDHAUS, William D., *Economics*, cit., p. 272.

³⁶ ARMSTRONG, Mark - COWAN, Simon - VICKERS, John, *Regulatory...*, cit., p. 12.

³⁷ SAMUELSON, Paul A. - NORDHAUS, William D., *Economics*, cit., p. 280.

³⁸ CUADROS, Oscar A., *Bases constitucionales de la regulación pública*, Universidad Católica de Cuyo, Fondo Editorial de la Universidad Católica de Cuyo, San Juan, 1999, p. 93. Recordemos que este análisis es moneda corriente en los Estados Unidos; en efecto, en 1981, a propuesta del entonces Presidente Ronald Reagan, se estableció que las propuestas de reglamentos se enviarían a la Oficina de Información y de Regulaciones de la Oficina de Administración y Presupuesto (*Office of Information and Regulatory Affairs in the Office of Management and Budget*) a fin de que el OMB (funcionario a cargo de Administración y Presupuesto) pudiera bloquear aquellas regulaciones que, a su juicio, demandaran costos que excedieran los beneficios; ampliar en nuestro "Las sesiones públicas (*open meetings*) del Derecho Administrativo norteamericano como forma de publicidad de la actividad administrativa", *REDA*, Depalma, Buenos Aires, 1998, nro. 27/29, ps. 389 y ss., esp. p. 395.

mos, ahora, de qué manera se comporta la eficiencia, así caracterizada, en las tarifas de los servicios públicos privatizados. A tal fin, nos adentraremos en la eficiencia en relación a las tarifas regladas por el sistema de *price caps* y en relación a las tarifas regladas por el sistema de tasa de rendimiento o de retorno o *rate of return*.

III. LA EFICIENCIA EN LAS TARIFAS REGLADAS BAJO EL SISTEMA DE PRECIO TOPE O MÁXIMO O *PRICE CAPS* ³⁹

a) *Generalidades*

El sistema de regulación de tarifas por medio de *price caps* consiste en el establecimiento, por el regulador, de un precio máximo que podrá percibir la empresa como retribución; bajo esta perspectiva, la empresa deberá mantener sus costos por debajo del máximo establecido para obtener ganancias ⁴⁰.

En términos generales, y a partir de la experiencia inglesa, puede afirmarse que las tarifas reguladas bajo ese sistema ponen en juego un índice y un factor: por ejemplo, limitan la tasa promedio de aumento del precio regulado de acuerdo al índice de precios minoristas (*retail price index*), menos un "X%" o factor de eficiencia ⁴¹. Ello se representa mediante la fórmula RPI-X ⁴², donde el factor X se relaciona con la función de regulación incentiva o por incenti-

³⁹ Sobre las fórmulas tarifarias, véase CASSAGNE, *Derecho...*, cit., t. II, p. 523; MAIRAL, Héctor A., "La determinación de las tarifas en la concesión de servicios públicos", *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, 1971, nro. 2, ps. 53 y ss.; ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "Teoría y práctica de la regulación para la competencia (hacia un nuevo concepto de servicio público)", *REDA*, Depalma, Buenos Aires, 1995, nro. 19/20, ps. 223 y ss., esp. ps. 226 y ss.; y BIANCHI, Alberto B., *La regulación económica*, Ábaco, Buenos Aires, 2001, ps. 346 y ss.

⁴⁰ LORENTI, Pedro M., "Aproximación al régimen jurídico del sector eléctrico en la República Argentina y a sus fuentes en el derecho comparado", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Ciencias de la Administración, nro. 227, ps. 83 y ss., esp. p. 90.

⁴¹ Excede el presente trabajo el análisis, en el marco del ordenamiento argentino, de las relaciones entre la aplicación del índice que integra la fórmula que nos ocupa, y la Ley 23.928 de Convertibilidad (sentencias Cám. Nac. Cont.-Adm. Fed., sala V, 5/10/2001, causa 39.674/2000, "Defensor del Pueblo" y sala IV, 4/10/2001, causa 28.067/2000, "Consumidores Libres"). Sin embargo, no podemos dejar de percibir que, en el marco de una contratación de largo término, con revisiones periódicas del objetivo de eficiencia y, en su caso, del objetivo de inversiones planificadas, la derogación —*in medias res*— de uno de los elementos de aquella, v.gr., el índice, desbarata la fórmula toda y su aplicabilidad, tornándose menester la inmediata adaptación de aquellos objetivos de eficiencia e inversiones.

⁴² En el Reino Unido, al igual que entre nosotros, existen, bajo el sistema de *price cap*, pluralidad de fórmulas algebraicas, según de qué servicio se trate, empleándose, además del factor X, otros factores. Ampliar en NATIONAL CONSUMER COUNCIL, *Paying the price. A consumer view of water, gas, electricity and telephone regulation*. HMSO, London, 1993, ps. 157 y ss., y en nuestros propios marcos regulatorios.

vos ⁴³. Esta clase de regulación de las tarifas, a su vez, se corresponde con la implementación de mecanismos que, ante un mercado monopólico por razones legales o naturales, recrean características propias de los mercados competitivos —mediante la inclusión de incentivos a la eficiencia— para la protección de los consumidores. Resulta, así, evidente, que un sistema de reajuste mecánico de tarifas por aplicación del índice que no previera un factor de eficiencia conduciría a la ineficiencia de la empresa toda vez que ésta no estaría motivada por ser un X% más eficiente.

El factor X, entonces, es denominado factor de eficiencia porque, al restarse del monto de la tarifa, hace que la empresa deba ser un cierto *quantum* más eficiente: su función de estímulo consiste en inducir a la empresa a ser un X% más eficiente ⁴⁴ durante el período posterior a la determinación del *price cap*, que puede ser, por ejemplo, un período quinquenal, ya que deberá proveer el mismo servicio con una retribución menor en términos reales.

b) Algunas aclaraciones previas

A fin de comprender cabalmente cómo funciona este sistema, debemos formular algunas salvedades:

En primer lugar, el sistema de regulación por *price caps* nació con una suerte de marca genética de “transitoriedad” hasta alcanzarse la libre competencia en el respectivo servicio. La paternidad ⁴⁵ de la adopción de este modo de regulación de las tarifas se debe, en la escena británica, a Littlechild, quien produjo entre octubre de 1982 y febrero de 1983 un informe ⁴⁶ —de 42 páginas— que marcó el derrotero de las privatizaciones en su país —principalmente a partir de la de BT en 1984— y que ejerció influencias notables en el pensamiento regulatorio posterior ⁴⁷. Littlechild consideró, como axioma indiscutible,

⁴³ WEYMAN-JONES, Thomas G., “Regulating...”, cit., p. 102.

⁴⁴ Recordemos que mientras el factor X se “resta”, en la determinación del *price cap*, el factor K se “suma”, siendo este factor el que premia las inversiones efectuadas por la empresa y el que posibilita que no caiga la tasa interna de retorno, cfr. BIANCHI, *La regulación...*, cit., ps. 347 y ss.

⁴⁵ Sin embargo, debe tenerse presente que la fórmula de RPI-X fue originariamente empleada en el Reino Unido en 1983 por la Office of Fair Trading (con competencia en casos de defensa de la competencia), poco antes de que se conociera el sistema diseñado por Littlechild; ampliar en DORKEN, John, “RPI-X, then and now”, en *Incentive Regulation*, Centre for the Study of Regulated Industries, Chartered Institute of Public Finance and Accountancy, London, 1992, p. 20.

⁴⁶ LITTLECHILD, Stephen C., *Regulation of british telecommunications' profitability. Report to the Secretary of State, february 1983*, Department of Industry, London, 1983.

⁴⁷ El Informe Littlechild de 1983, como se lo alude generalmente, es citado en prácticamente toda obra especializada británica posterior a 1983. En español, véanse, entre otros, ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *La regulación económica. Teoría y práctica de la regulación para la competencia*, Ábaco, Buenos Aires, 1996, ps. 138 y ss.; TAWIL, Guido, “Avances regulatorios en América latina”, ED, 28/7/2000; BIANCHI, *La regulación...*, cit., p. 347.

que la regulación es la forma de evitar los peores excesos de los monopolios y que es un medio de mantenerse al frente (*holding the fort*) hasta que arribe la competencia ⁴⁸. Dado que este trabajo se concentra en la eficiencia en relación a las tarifas, señalaremos a continuación los principales puntos del citado informe en relación a dicho tópico:

— el propósito primario de la regulación es proteger al consumidor ⁴⁹ por lo que se trata de reducir los precios que éste paga en términos reales ⁵⁰ y de obtener mejoras en el servicio, no de reducir las ganancias de la empresa ⁵¹;

— el RPI-X, a diferencia del sistema de tasa de retorno, permite monitorear de cerca la eficiencia de la empresa ⁵²;

— las revisiones del factor X son periódicas, al solo vencimiento del plazo ⁵³;

— los usuarios se benefician con la eficiencia e innovaciones de la empresa (v.gr., con el empleo efectivo de la mano de obra, del capital y de otros recursos; con las dimensiones, frecuencia y localización de las inversiones; con el desarrollo de nuevas técnicas) ⁵⁴.

En segundo lugar, la fórmula RPI-X posee una doble función maximizadora: la función maximizadora del bienestar y la función maximizadora de las ganancias ⁵⁵. Ahora, la maximización de las ganancias debe tener un límite: no forzar la situación en la que se hallan los consumidores, para lo cual deben establecerse limitaciones o restricciones. Y la maximización del bienestar debe también tener un límite: que los precios que pueda cobrar la empresa no se reduzcan tanto que el negocio se torne inviable. La búsqueda y obtención de ese equilibrio es, precisamente, lo que gobierna toda implementación de un *price cap*, y, especialmente, la determinación del factor de eficiencia.

Por último, pero no por ello otorgándole menor trascendencia, debemos tener en cuenta que no es cierto que la existencia de una regulación por *price*

⁴⁸ LITTLECHILD, Stephen C., *Regulation...*, cit., p. 7: "Regulation is essentially a means of preventing the worst excesses of monopoly; it is not a substitute for competition. It is a means of 'holding the fort' until competition arrives".

⁴⁹ LITTLECHILD, *Regulation...*, cit., p. 6: *From the point of view of public policy, the primary purpose of regulation is to protect the consumer.*

⁵⁰ LITTLECHILD, *Regulation...*, cit., p. 35: *To avoid public misunderstanding, it should be clear that a price reduction of X per cent in real terms is consistent with a price increase in nominal terms.*

⁵¹ LITTLECHILD, *Regulation...*, cit., p. 6: *Regulation considers bringing pressure to bear on profits, wages, costs and efficiency as a means of reducing prices and improving other aspects of performance.*

⁵² LITTLECHILD, *Regulation...*, cit., p. 28: *Rate of return schemes have a very poor track record on efficiency.*

⁵³ LITTLECHILD, *Regulation...*, cit., p. 35.

⁵⁴ LITTLECHILD, *Regulation...*, cit., p. 10.

⁵⁵ BÖS, *Pricing...*, cit., ps. 278 y ss.

cap implique de por sí, automáticamente, que los precios que sufraguen los usuarios serán cada vez menores: el sistema de regulación por *price caps* no garantiza que los precios se reducirán⁵⁶; lo que sí asegura es que los precios se reducirán “en términos reales” o valores reales, como señala Littlechild; pero obviamente tendrán que aumentar “en términos nominales” o valores nominales por aplicación del índice. Ello se debe a que el precio “aumenta” en función del índice, “menos” un X%⁵⁷.

c) Elementos

De acuerdo con lo señalado en el acápite que precede, los dos elementos típicos de este modo de regulación de las tarifas son:

— el precio fijado mediante la fórmula señalada, que incluye un índice y un factor, y

— la frecuencia (*timing*) de la revisión, que se erige en factor exógeno⁵⁸, de cumplimiento irreversible.

Por ejemplo, una empresa dada, sujeta a un factor X igual a cero en el quinquenio inicial, puede hallarse bajo un factor X igual a -5% al comenzar su segundo quinquenio prestando servicios. Ello significa que el regulador espera que la empresa sea, en el nuevo período, un 5% más eficiente que en el período anterior; a título de ejemplo, dado un índice del 8%, en el segundo quinquenio la empresa podría elevar sus precios nominales en un 3% ($RPI\ 8\% - X\ 5\% = 3\%$)⁵⁹.

Puede afirmarse que, teóricamente, si la empresa ahorra en costos y se comporta más eficientemente de lo que estableció el regulador, sus ganancias aumentarán, llegando incluso a ser mayores; por el contrario, si se comporta menos eficientemente, sus ganancias se reducirán en la medida de su ineficiencia. A su vez, los ahorros serán tomados en cuenta por el ente regulador al momento de fijarse el factor X para el siguiente —tercer— período, cuestión sobre la que volveremos *infra*. Ciertamente, las ganancias derivadas de los ahorros no podrán ser tan elevadas como para hacer peligrar la calidad del servicio⁶⁰.

⁵⁶ Ver Fallos: 321:1252, “Prodelco”, consid. 10 del voto del Dr. Boggiano: el “sistema ‘*price cap*’ ... no se basa en las ganancias de las empresas, sino en trasladar periódicamente a los consumidores una rebaja de las tarifas como consecuencia de la eficiencia que aquellas empresas han de lograr en la administración de sus negocios”.

⁵⁷ Nos remitimos a lo expresado en nota 41 *supra*.

⁵⁸ LAFFONT, Jean-Jacques - TIROLE, Jean, *A theory of incentives in procurement and regulation*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1993, ps. 17 y ss.

⁵⁹ Ampliar en GRAHAM, Cosmo, “La regulación de las industrias privatizadas”, 12ª Conferencia en el Primer Seminario Internacional sobre Aspectos Legales de la Privatización y la Desregulación, 9 al 11 de agosto de 1989, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1989, p. 164.

⁶⁰ Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, *La regulación...*, cit., ps.

Nótese que a diferencia del régimen de *cost-plus*⁶¹, que regula las tarifas tal que se cubran todos los costos históricos —de cualquier origen— de la empresa, el *price cap* implica que el regulador haga una proyección de los costos hacia el siguiente período y permita tarifas que los cubran durante el período inmediato siguiente⁶².

d) Naturaleza

Respecto del factor X determinado inicialmente, o redeterminado luego de una revisión periódica, puede decirse que integra, y comparte, la naturaleza del cuadro tarifario al cual está necesariamente incorporado. Seguimos, en este sentido, la doctrina según la cual el acto de aprobación del cuadro tarifario reviste una doble naturaleza: de acto general para los usuarios, y contractual entre concedente y empresa prestadora⁶³.

Como ejemplo de factor X inicial, puede mencionarse el caso del art. 41, inc. 2º del dec. 1738/1992, reglamentario de la ley 24.076, para el transporte y distribución del gas, que establece: “El factor de eficiencia mencionado en el primer párrafo del art. 41 de la ley consta de dos elementos cuyo valor deberá ser determinado por el ente fundadamente luego de oír a todos los interesados. El primer elemento que será incluido en las fórmulas correspondientes actuará como moderador de los ajustes periódicos con el objeto de inducir una mayor eficiencia en la prestación del servicio. Este elemento tendrá un valor igual a cero (0) durante los primeros cinco (5) años contados desde la fecha de comienzo de operaciones...”. Esta valuación del factor por vía reglamentaria, en tanto incorporada al correspondiente cuadro tarifario en el respectivo contrato, revestiría —como propusimos— naturaleza contractual entre concedente y concesionario o licenciario, y naturaleza de acto general de cara a los terceros usuarios.

415; DEVOTO, Alberto E., “Regulación y control del servicio de electricidad en Argentina”, en BARRIONUEVO, Arthur - LAHERA, Eugenio P. (eds.), *¿Qué hay de nuevo en las regulaciones?*, Eudeba-CLAD, Buenos Aires, 1998, p. 77.

⁶¹ Acerca del sistema de *cost-plus*, véase LORENTI, *Aproximación...*, cit., p. 89, quien lo identifica con el sistema de tasa de rendimiento o de retorno (*rate of return regulation*). Entre nosotros, el marco regulatorio del gas poseería un fuerte componente de *cost-plus* desde la óptica británica, cfr. LEWINGTON, Ilka, “Experiences and Trends in Utility Regulation: Developing and Transforming Economies”, *Regulatory Review 1997*, Centre for the Study of Regulated Industries, Chartered Institute of Public Finance and Accountancy, London, 1997, p. 158.

⁶² BALDWIN, Robert - CAVE, Martin, *Understanding...*, cit., p. 228.

⁶³ CASSAGNE, *Derecho...*, cit., t. II, p. 443; BIANCHI, *La regulación...*, cit., p. 327. Asimismo, para la naturaleza jurídica del acto de “fijación” de las tarifas en general cuando el servicio se presta en forma monopólica, y su carácter de acto de alcance general que se rige “en gran medida por los principios y normas aplicables a los reglamentos”, salvo que el sistema tarifario “hubiere sido pactado en el contrato de concesión o licencia”, véase CASSAGNE, Juan C., *El contrato administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 143.

Similares reflexiones genera una redeterminación, por ejemplo, la contenida en la resolución del ENRE 182/2000, que en su art. 2º, decide "aprobar el factor de estímulo a la eficiencia (factor X) que se define en el Anexo I", estableciéndose en dicho anexo que el factor de estímulo a la eficiencia a aplicar a los conceptos de conexión y capacidad de transporte a percibir por la empresa durante el segundo período tarifario 2000-2004 será un porcentaje de reducción a aplicar del 1% en el 2000, del 1% en el 2001, del 1% en el 2002, del 1% en el 2003 y del 1% en el 2004. Otro ejemplo lo constituye la resolución del Enargas 462/1997, de fijación de los nuevos niveles de tarifas máximas del quinquenio 1998-2002 que resuelve, en su art. 2º, aprobar la variación porcentual del factor de eficiencia X para la Licenciataria "en un 4,7 % aplicable a partir del 1º de enero de 1998...".

Desde el punto de vista económico, para un sector de la doctrina⁶⁴, el factor X es un factor de eficiencia productiva, que, como vimos, tiende a la minimización de costos de producción por parte de la empresa. Para otro sector⁶⁵, además de ser un factor de eficiencia productiva, el factor X es un factor de eficiencia asignativa que apunta a que el precio represente el costo marginal y, al mismo tiempo, a que se eviten las denominadas "ganancias excesivas"⁶⁶ de la empresa y las ineficiencias ínsitas en los precios excesivamente elevados.

Esta segunda concepción podría, eventualmente, llevar a considerar la "revisión anticipada" del factor X con fundamentos en esa clase de ganancias. Analizaremos esta cuestión en el acápite f), *infra*.

e) Eficiencia inicial. Cuestiones de información y de política económica

La eficiencia inicial de la empresa que presta el servicio público, a partir del instante en que comienza a ejecutar el contrato, esto es, al inicio de sus operaciones, puede ser concebida bajo la denominación "nivel inicial de eficiencia" de la empresa; por otro lado, al privatizarse el servicio, se prevén las tarifas que cobrará la empresa en el primer período, lo cual conduce a ponderar lo que se denomina "determinación del factor X inicial", el cual, al finalizar el primer período, será redeterminado para el segundo período en el procedimiento denominado "redeterminación del factor X".

Respecto del "nivel de eficiencia inicial" de la empresa, los elementos que permiten inferirla parecen hallarse en la respectiva oferta de la licitación⁶⁷ en

⁶⁴ BALDWIN. Robert - CAVE, Martin, *Understanding...*, cit., p. 237.

⁶⁵ ARMSTRONG. Mark - COWAN, Simon - VICKERS, John, *Regulatory...*, cit., ps. 182 y ss.

⁶⁶ Ampliar en GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, cit., t. II, ps. II-11 y ss.

⁶⁷ Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, *La regulación...*, cit., p. 459, nro. 1.

juego con el pliego con cuyas prescripciones cumple, y en la restante documentación contractual. En esta inteligencia, la eficiencia inicial es la que emana —explícita o implícitamente— de la información que brinda el oferente al hacer su oferta, o bien de la información que el privatizador haya recolectado en los estudios de factibilidad previos a la privatización del servicio.

A esta altura cabría expresar preocupaciones relativas a la asimetría de la información en tanto el oferente podría retacear la relativa a su eficiencia inicial. Sin embargo, a fin de desterrar las eventuales asimetrías de información —que, como vimos, constituye una de las fallas repasadas en la sección II, *supra*—, recordemos que el privatizador, al elaborar la documentación sobre la cual se ofertará, se halla logísticamente ubicado en inmejorable posición no sólo para obtener la información aludida en el párrafo que precede, sino también para exigir de los proponentes el nivel de eficiencia inicial que más adecuada considere para el servicio de que se trate, con una única limitación: la de no tornar imposible la entrada de los nuevos actores ⁶⁸ por haberse pretendido prever absolutamente todas las contingencias contractuales futuras *ex ante*, incluyendo las relativas a la eficiencia esperada en la firma beneficiaria, haciendo fracasar la privatización por mediar requerimientos de eficiencia inicial inadecuados ⁶⁹.

El factor X para el primer período o “factor X inicial” puede o no ser igual a cero, según lo decida el privatizador; en las diversas privatizaciones inglesas se emplearon factores X iniciales que iban de cero a 3 (3 para BT, período 1984-89; 2 para British Gas, período 1987-92; 1 para los aeropuertos, período 1987-92; 0 para el transporte de energía eléctrica, período 1990-93) ⁷⁰; entre nosotros, el marco regulatorio del gas establece un factor X igual a 0 ⁷¹.

La doctrina regulatoria coincide en que el factor X inicial, correspondiente al primer período, es fijado por el privatizador ⁷² en forma estimativa ⁷³, o en

⁶⁸ Para la temática de los denominados “costos de entrada”, véase BUSTAMANTE, Jorge E., *Desregulación. Entre el derecho y la economía*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 113.

⁶⁹ Ampliar en JOSKOW, Paul L., “Asset specificity and the structure of vertical relationships: empirical evidence”, en WILLIAMSON, Oliver E. - WINTER, Sidney G. (eds.), *The nature of the firm. Origins, evolution and development*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1993, p. 122.

⁷⁰ ARMSTRONG, Mark - COWAN, Simon - VICKERS, John, *Regulatory...*, cit., ps. 176 y ss.

⁷¹ Art. 41, inc. 2°, del dec. 1738/1992, BO, 28/9/1992.

⁷² HURL, Bryan, *Privatization and the public sector*, 3ª ed., Heinemann, Oxford, 1995, p. 60. Baldwin señala que en la experiencia inglesa, sólo en un caso fijó el ente respectivo el factor X inicial: es el caso de Railtrack, cuyo factor fue fijado por la Office of the Railway Regulator, cfr. BALDWIN, Robert - CAVE, Martin, *Understanding...*, cit., p. 233.

⁷³ ARMSTRONG, Mark - COWAN, Simon - VICKERS, John, *Regulatory...*, cit., p. 190: *An initial guess at X is put into the model.*

forma negociada ⁷⁴, en pos del éxito en la privatización ⁷⁵, y, por ende —aun cuando esos modos de fijación parezcan sorprendentes—, se halla íntimamente vinculado a la consecución de este fin privatizador, de la provincia de la política económica encarada por el gobierno. Éste parecería ser el principal punto de divergencia entre el factor X inicial y el factor X “a redeterminar” en el momento de la primera —o posterior— revisión al final del período. En oportunidad de “revisarse” el factor, creemos que ya no se apunta solamente a una finalidad preponderantemente política —mantenimiento de la decisión privatizadora de gobierno oportunamente concretada en la adjudicación de un negocio viable— sino también a una jurídica —puesta en funcionamiento del mecanismo de revisión previsto en el contrato y demás normativa aplicable— y económica —establecimiento de incentivos, mantenimiento de la capacidad operativa y del capital de la empresa—, orientada, asimismo, a la salvaguarda de los derechos de los principales involucrados: usuarios y empresa. Además, el factor X inicial es establecido en forma “exógena” a la empresa, pudiendo ser entonces insertado en lo que un sector de la doctrina económica ha denominado “regulación política” ⁷⁶.

Se ha sostenido que la determinación inicial del factor X se relaciona, en gran parte, con establecer la viabilidad de la industria en cuestión y con la comerciabilidad (*marketability*) de las acciones en la venta inicial ⁷⁷ cuando se privatizarse mediante venta pública de acciones (*public flotation* ⁷⁸). Por otro lado, al privatizarse el servicio, los precios máximos que se preestablecen son un dato para los interesados en adquirir los paquetes accionarios de control y, en función de ello, hacer sus ofertas económicas ⁷⁹. Así, podría decirse que, si bien aquellos precios máximos no develan en sí mismos cuál es la eficiencia que deberá desarrollar la adjudicataria, le indican al oferente cuán eficiente deberá ser para poder prestar el servicio con la calidad o nivel de seguridad requerida contractualmente, a determinado precio máximo, cubriendo sus costos y obteniendo un margen de ganancias. En similar línea de pensamiento, cuando la privatización no conlleva la venta del paquete accionario de la empresa sino la concesión del servicio, proponiendo el oferente la tarifa más baja posible o el pago del canon más elevado, son estos dos elementos los que reflejan la viabilidad del negocio según el oferente y el límite

⁷⁴ LITTLECHED, *Regulation...*, cit., ps. 35 y 36: *The precise figure is a matter for negotiation between BT and Dol: where X is a number to be negotiated.*

⁷⁵ WEYMAN-JONES, “Regulating...”, cit., p. 104; BALDWIN, Robert - CAVE, Martin, *Understanding...*, cit., p. 233.

⁷⁶ BÖS, *Pricing...* cit., p. 280.

⁷⁷ WEYMAN-JONES, “Regulating...”, cit., p. 104.

⁷⁸ Ampliar en TROTMAN-DICKENSON, D. I., *Economics of the public sector*, MacMillan, London, 1996, p. 378.

⁷⁹ DEVOTO, “Regulación...”, cit., p. 78.

máximo de la eficiencia que podrá desplegar la firma manteniendo el nivel de servicio esperado por el regulador.

En conclusión, el que establece el factor inicial —en cero o en otra cifra, como vimos— es el Estado, que adopta discrecionalmente la decisión política de privatizar determinada empresa estatal, para lo cual determina —en el ámbito político⁸⁰ en el cual decide las condiciones económico-financieras del negocio que privatiza a fin de tornarlo viable— un factor X inicial que resulte no sólo un incentivo a la eficiencia productiva⁸¹ sino que asegure a la empresa los debidos ingresos en razón de la privatización y la cooperación en el proceso de privatización⁸².

f) *Las denominadas “ganancias excesivas”⁸³ y la revisión anticipada del factor X*

La cuestión de las ganancias excesivas es, en el área de la regulación por *price caps*, aquella en la cual más claramente convergen apreciaciones jurídicas, económicas y políticas. Tal vez sea esa convergencia la que la torne de extremo interés, máxime ante las experiencias que pueden recogerse a partir de las privatizaciones británicas, las cuales propiciaron que prácticamente toda la literatura regulatoria incluyera su tratamiento, no sólo en el foro británico sino también entre los iusadministrativistas locales⁸⁴. Por razones metodológicas, aclaramos que el tema del acápite será considerado durante el primer período —quinquenio— posterior a la privatización de que se trate; sin embargo, con las adaptaciones del caso, las apreciaciones que se vuelcan resultan también aplicables a los posteriores períodos.

⁸⁰ Véase “Suñé, Eduardo v. Segba”, *Fallos*, 258:322, consid. 5°. Cfr. MALJAR, Daniel E., “Las tarifas telefónicas (con motivo del dec. 92/1997)”, ED, 25/8/1997, esp. Cap. 3.

⁸¹ ARMSTRONG, Mark - COWAN, Simon - VICKERS, John, *Regulatory...*, cit., p. 174.

⁸² ARMSTRONG, Mark - COWAN, Simon - VICKERS, John, *Regulatory...*, cit., p. 174.

⁸³ Para un análisis de este planteo desde el punto de vista del derecho administrativo norteamericano, véase la clásica obra del actual *Justice* de la Corte Suprema de los Estados Unidos BREYER, Stephen, *Regulation and its reform*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1982, ps. 21 y ss.: “*Rent control or excess profits*”. Véase, también, acerca de las cuestiones del lucro en las privatizaciones británicas, RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, *La privatización de la empresa pública*, Montecorvo, Madrid, 1991, ps. 169 y ss.

⁸⁴ Nos remitimos a lo expresado por GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, cit., t. II, p. II-11 y ss., donde se expone acerca de los derechos colectivos de los usuarios, sus intereses económicos y las tarifas excesivas e irrazonables, afirmando que “[o]tra variante del mismo principio es la excesiva onerosidad del contrato en relación a los usuarios, [se omite nota al pie] y también el principio de la ecuación económico-financiera del contrato. Esa equivalencia honesta o relación razonable no solamente puede verse afectada en perjuicio del contratante, con el consiguiente reajuste en más del contrato, sino también en perjuicio del Estado o la sociedad, como ocurre precisamente cuando las ganancias son irrazonables o excesivas, caso en el cual corresponde el reajuste en menos”.

Para algunos autores ⁸⁵, el factor X es un factor de eficiencia productiva, que, como vimos, tiende a la minimización de costos de producción por parte de la empresa. Para otros ⁸⁶, además de ser un factor de eficiencia productiva, el factor X es un factor de eficiencia asignativa enderezado a que el precio represente el costo marginal y, al mismo tiempo, a que se eviten las denominadas "ganancias excesivas" ⁸⁷ de la empresa y las ineficiencias ínsitas en los precios excesivamente elevados. Esta segunda tesis podría, eventualmente, llevar a considerar, antes del cumplimiento del período, a pedido del regulador o de un tercero, la "revisión anticipada" del factor X con fundamentos en esa clase de ganancias, dado el interés público comprometido ⁸⁸, y la necesidad de contrarrestar las consecuencias políticamente desaconsejables propias de aquéllas.

Un caso que involucra esta clase de ganancias, en el marco de las telecomunicaciones, explicado, desde el punto de vista económico en relación a las economías de escala, por Vickers y Yarrow ⁸⁹, es el siguiente: en el ámbito de las redes locales servidas por BT, el costo marginal —el gasto que implica para la empresa posibilitar un llamado adicional— es más bajo que el costo promedio porque el costo promedio incluye costos fijos que no dependen del volumen. Dado un cierto nivel de autofinanciamiento de la empresa, si creciera la demanda, la empresa recogería ganancias extraordinarias aun cuando sus costos no descendieran. Entonces, según los citados autores, se requeriría una reducción en los precios para eliminar esa clase de ganancias.

Por cierto, la situación fue prevista ⁹⁰, al inicio de la corriente privatizadora en el Reino Unido, por Littlechild, quien desarrolló, en el informe aludido en el acápite b), *supra*, un capítulo dedicado a la implementación de un esquema de "techo a las ganancias" (*profit ceiling scheme*) ⁹¹, y a ella nos referiremos en seguida, luego de formular una aclaración necesaria.

Liminarmente, cabe destacar que, respecto de la elusiva expresión empleada —ganancias excesivas— debería poder establecerse, a partir de la norma positiva, una diferenciación exacta ⁹² entre las ganancias no esperadas de la

⁸⁵ BALDWIN Robert - CAVE, Martin, *Understanding...*, cit., p. 237.

⁸⁶ ARMSTRONG, Mark - COWAN, Simon - VICKERS, John, *Regulatory...*, cit., ps. 182 y ss.

⁸⁷ Ampliar en GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, cit., t. II, ps. II-11 y ss.

⁸⁸ GAMBIER, Beltrán, "El principio...", cit., p. 454.

⁸⁹ VICKERS, John - YARROW, George, *Privatization...*, cit., p. 214.

⁹⁰ Para un desarrollo crítico de la cuestión de las revisiones anticipadas en el Reino Unido, véase ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría...*, cit., ps. 278 y ss., y, del mismo autor, *Principios de derecho público económico (modelo de Estado, gestión pública, regulación económica)*, Comares, Granada, 1999, pp. 446 y ss.

⁹¹ LITTLECHILD, *Regulation...*, cit., ps. 32/33.

⁹² Acerca de la precisión requerida, véase especialmente DIVER, C. S., "Optimal precision of administrative rules", en BALDWIN, Robert - SCOTT, Colin - HOOD, Christopher (eds.), *A reader on regulation*, Oxford University Press, Oxford, 1998, ps. 219 y ss.

firma, que pueden abarcar, entre otras: a) una ganancia mayor o mayor ganancia; b) una ganancia excesiva; y c) los beneficios de la firma o los simples beneficios⁹³ de la empresa.

La firma que presta el servicio aspira a obtener ganancias o beneficios porque ello es lo que el *price cap* asegura; caso contrario, no habría privatización viable⁹⁴. A su vez, las ganancias o beneficios, pueden ser mayores a las anteriores que se empleen como punto de referencia, o, alcanzado cierto punto también predeterminado, excesivas (*excessive profits*), como si, aparentemente, no tuvieran límite objetivo alguno⁹⁵. Ello requiere, entonces, la definición de "cuándo" hay ganancias excesivas toda vez que estaríamos ante un concepto indeterminado, que, asimismo, y entre nosotros, ya ha tenido sus primeras manifestaciones jurisprudenciales⁹⁶. En esta inteligencia, es opinión de Graham⁹⁷ que la incorporación de esa clase de ganancias —excesivas— no ha hallado quicio en la regulación inglesa —que optó por el sistema de *price caps*— porque generaría una cantidad de dificultades adicionales en el proceso de control de los precios, comenzando por la determinación del punto a partir del cual existe exceso⁹⁸, esto es, "cuándo" las ganancias son "normales" o "razonables"⁹⁹ y a partir de qué nivel dejan de serlo.

⁹³ Aludidos, p. ej., en el dec. 999/1992, cuyo art. 48 establece cuándo proceden las revisiones extraordinarias de las tarifas, aclarando que "esta revisión no deberá ser un medio de penalizar al Concesionario por beneficios pasados".

⁹⁴ Sin este requerimiento, sería imposible privatizar un servicio, como lo afirma WEYMAN-JONES, "Regulation...", cit., p. 99.

⁹⁵ Tomamos la expresión de "Telecomunicaciones Internacionales de Argentina SA y otros v. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos)", *Fallos*: 320:686, disidencia de los Dres. Boggiano y Vázquez (esp. consid. 6º: "no es admisible sostener que les asista [a las empresas recurrentes] el derecho de obtener ganancias sin límite objetivo alguno"), y de GORDILLO, Agustín, "Las ganancias sin límite objetivo alguno", en *Cien notas de Agustín. Notas asistemáticas de un lustro de jurisprudencia de derecho administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999, ps. 138 y ss. También se expone sobre ellas KAPLAN, Ariel, "La visión de los usuarios sobre un fallo de la Corte", LL, 1999-F-454 y ss. Véase, igualmente, *Fallos*, 323:650, "Caplán v. Telefónica", disidencia del Dr. Moliné O'Connor, donde se explica que la demanda perseguía la reducción de las tarifas telefónicas en razón de un hipotético "exceso en las ganancias" de las empresas licenciatarias Telefónica de Argentina y Telecomunicaciones Internacionales de Argentina-Telintar SA, ganancias que habrían superado el 16% previsto en el pliego licitatorio (considerando 2º de la disidencia, cit.).

⁹⁶ Véase nota anterior.

⁹⁷ GRAHAM, Cosmo, *Regulating public utilities. A constitutional approach*, Hart Publishing, Oxford, 2000, p. 154.

⁹⁸ En igual sentido, BURTON, Nigel, "Investors interests and equitable shares. A city perspective", en *Price caps and profit sharing. A policy review, Proceedings 14*, Centre for the Study of Regulated Industries, Chartered Institute of Public Finance and Accountancy, London, 1995, p. 22.

⁹⁹ La cuestión semeja a la determinación de lo que es una tarifa "justa y razonable"; nos remitimos a lo expresado en nuestro "El concepto de tarifa justa y razonable", ED, 31/10/2000.

La dificultad señalada por el autor en el párrafo que precede se halla, a su vez, ligada a la determinación de cuál es la tasa de retorno de la empresa en cuestión, lo cual prepararía el terreno para la concepción de la regulación de tarifas por *price cap* como una suerte de sistema de "tasa de retorno quinquenal" ¹⁰⁰. En efecto, si bien, originariamente, el sistema de RPI-X fue diseñado para que los consumidores se beneficiaran con la innovación y la eficiencia y la empresa asumiera los riesgos de alcanzar una determinada reducción de costos —requerida indirectamente por el regulador a modo de incentivo—, a fin de no incurrir en pérdidas, en la práctica, el regulador podría encarar el establecimiento del factor X no sólo para reflejar el objetivo de crecimiento de aquélla, sino también para desplazar las tarifas al nivel que él considere "adecuado". Este desplazamiento conllevaría la determinación de la adecuada tasa de retorno y la predicción de los futuros flujos del negocio o flujos de fondos (*cash flows*) ¹⁰¹. Esta alternativa, ciertamente, excedería la regla según la cual el factor X debería reflejar meramente las expectativas de crecimiento en relación a la eficiencia. Pero, como veremos en el acápite g), *infra*, no significa la exclusión de la posibilidad de que, bajo el sistema de *price cap*, y a los fines de la revisión quinquenal del factor X, se ponderen dichos flujos del negocio.

Sentado ello, es fundamental señalar que Littlechild —quien, como dijimos, previó la situación—, al estudiar la cuestión de cómo proveer un límite a las ganancias de BT, insistió en no recomendar un procedimiento que acarrearía la redeterminación de la tasa de retorno como si se tratara de un sistema de regulación de tarifas por *rate of return*. Analizando la posibilidad de establecer, para el período inicial —sin pronunciarse sobre los períodos subsiguientes— una tasa de retorno de la empresa, explica el citado autor que, en primer lugar, la expresión "tasa de retorno", en el contexto de ese punto de su informe, se diferencia de la regulación por tasa de retorno o *rate of return* en razón de que no constituye la tasa a la que tiene derecho la empresa —presupuesto básico de la regulación de tarifas en dicho sistema—, sino que es un "indicador" de cuál será el retorno razonable de la firma, y cuál retorno no será razonable.

Continúa el citado autor afirmando que, en todo caso, la tasa, así entendida, no constituiría el objetivo (*target*) a alcanzar por la empresa, sino una instrumentación para —en el momento en que el informe es producido— generar la confianza necesaria para llevar adelante la privatización. Agrega que la tasa en cuestión se podría fijar en el doble de la tasa de retorno esperada para el negocio en particular a fin de evitar que el menor desbalance provoque una revi-

¹⁰⁰ Acerca de los puntos en común entre ambos sistemas —*rate of return*, *price cap*— véase VICKERS, John - YARROW, George, *Privatization...*, cit., p. 227.

¹⁰¹ TURVEY, Ralph, "Sliding scales price caps", en *Price caps and profit sharing. A policy review, Proceedings 14*, Centre for the Study of Regulated Industries, Chartered Institute of Public Finance and Accountancy, London, 1995, p. 3.

sión anticipada: si en términos reales es del 5%, se la fijaría en el 10%; por lo que una tasa de retorno del 11% devendría irrazonable. La elección del doble de la tasa esperada se fundaría en evitar los desincentivos y distorsiones ínsitas en un techo demasiado bajo. La tasa, a su vez, se podría fijar globalmente, y no para un producto o servicio en particular. No obstante ello, Littlechild señala que la principal desventaja de la implementación de un límite a las ganancias emergente del establecimiento de una tasa de retorno sería la siguiente: desde el punto de vista político, que el gobierno fijara una tasa del 10% como razonable significaría afirmar que es irrazonable una tasa del 10,1% y razonable una del 9,9%. Así, el Estado estaría obligado a fijar una tasa más cercana a la real, por ejemplo, el 7% o el 8%, y ello implicaría la asimilación de la regulación por *price caps* a la regulación por tasa de rendimiento o *rate of return*, con todas sus dificultades o costos ¹⁰². Y esto es precisamente lo que en el informe que aludimos se desaconseja.

Efectuadas estas consideraciones, puede señalarse que, en principio y desde el punto de vista económico, existe una eficiencia interna que se relaciona con el esfuerzo óptimo dado un *output*, a diferencia de la eficiencia asignativa, que hace al *output* óptimo dado un esfuerzo. El observador externo a la empresa puede ver los costos de ésta, pero no su eficiencia interna, esto es, cuán óptimos son sus esfuerzos dado un *output*. En esta situación, podría afirmarse que, "bajo condiciones de calidad esperada", las ganancias aparentemente excesivas recogidas por la firma pueden deberse a causas tan disímiles como un óptimo esfuerzo interno de la empresa, un *management* por encima de lo normal, o incluso su buena fortuna ¹⁰³. La falla del mercado mencionada en la sección II, *supra* —información asimétrica ¹⁰⁴—, operaría, así, a favor de la empresa en tanto el ente regulador, observador, no puede saber, inequívocamente, a qué se deben aquellas ganancias, lo cual obstaría a la determinación de una relación de causalidad exclusiva. Sin embargo, recordemos que, como señala Tawil ¹⁰⁵, la eficacia del control en el sistema de *price caps* también depende, en última instancia y entre otros factores, de la información de que disponga el regulador respecto de la empresa regulada. Y, saludablemente, en nuestro medio,

¹⁰² LITTLECHILD, *Regulation...*, cit., p. 33: "At such a level, however, the scheme would have all the defects of traditional rate of return control, and could not be recommended".

¹⁰³ En igual sentido, LITTLECHILD, *Regulation...*, cit., p. 8: "Profit can stem from superior performance, monopoly power or sheer good luck". Ampliar en VICKERS, John - YARROW, George, *Privatization...*, cit., p. 100. Ejemplos del esfuerzo interno o de la buena fortuna pueden incluir procesos de producción más eficientes, fuentes de suministros inusualmente baratas, administración (*management*) inusualmente efectivo, cfr. BREYER, Stephen, *Regulation...*, cit., p. 21.

¹⁰⁴ Ampliar en Bös, *Pricing...*, cit., p. 55.

¹⁰⁵ TAWIL, Guido, "Avances...", cit., cap. III, b).

los entes reguladores se hallan plenamente investidos de facultades para investigar la eficiencia interna de la empresa ¹⁰⁶, con lo que podrían corroborar si el nivel de aquélla se funda en la *performance* superior, posición monopólica o buena fortuna ¹⁰⁷, entre otras causales, de la firma.

Por otro lado, no puede soslayarse que, según un sector de la doctrina reguladora inglesa, Baldwin y Cave ¹⁰⁸, entre otros ¹⁰⁹, las ganancias de la empresa durante un período deben ser tomadas en consideración en la redeterminación del factor X para el siguiente período. Esta característica de la regulación de tarifas por *price caps* es, precisamente, la expresión de la función optimizadora del bienestar aludida en la sección III. b), *supra*. Y se materializa cuando, al revisarse el factor para el siguiente período, las ganancias obtenidas por la empresa en el período anterior, en razón de su mayor eficiencia —destacamos— se comparten con los usuarios, beneficiándolos ¹¹⁰. Ello significa que las que están comprendidas dentro del objetivo de eficiencia se compartirán —conclusión que se detallará en la sección g), *infra*—, conservando la empresa las restantes.

Desde un punto de vista jurídico, si se juzgara al *price cap* a tenor de las ganancias aparentemente excesivas o el precio en exceso elevado —“bajo condiciones de calidad esperada”, claro está ¹¹¹— la presión política en pos de la revisión antes del período predispuesto para ello —esto es, por ejemplo, en el segundo o tercer año del primer quinquenio— provocaría la deformación de las propiedades incentivas de la regulación por *price caps*, que, como ya dijimos, se basa en la revisión periódica, establecida en el marco regulatorio, por ejemplo, cada

¹⁰⁶ Ampliar en BIANCHI, *La regulación...*, cit., p. 275 y notas 44 a 46.

¹⁰⁷ Son éstas las tres causales aludidas por LITTLECHILD, *Regulation...*, cit., p. 32.

¹⁰⁸ BALDWIN, Robert - CAVE, Martin, *Understanding...*, cit., p. 228.

¹⁰⁹ Véase, asimismo, O'NEILL, Duncan - VASS, Peter, *Incentive regulation: a theoretical and historical review*, Research Report 5. Centre for the Study of Regulated Industries, Chartered Institute of Public Finance and Accountancy, London, 1996, p. 47.

¹¹⁰ Sin embargo, en relación a que “deben” tomarse en consideración las ganancias de la empresa al efectuarse la revisión quinquenal, es menester destacar que la doctrina económica no es unánime al respecto: Laffont y Tirole, en su clásica obra, expresan que bajo un sistema de *price cap* que denominan “puro”, las ganancias o los costos no se emplean explícitamente en el marco regulatorio y tampoco se supone que se los empleará implícitamente en el momento de la revisión periódica, cfr. LAFFONT, Jean-Jacques - TIROLE, Jean, *A theory...*, cit., p. 17. Ésta es, por cierto, la postura del Dr. Boggiano en *Fallos*: 321: 1252, consid. 10, al señalar que el sistema de *price caps* “no se basa en las ganancias de las empresas. En el campo regulatorio, se ha aseverado que sí se lograría compartir las ganancias con los consumidores a través de las cláusulas estabilizadoras” (*stabilizer proposals*). cfr. LAFFONT, Jean-Jacques - TIROLE, Jean, *A theory...*, cit., p. 18, o mediante el empleo de las denominadas escalas decrecientes (*sliding scales*) señaladas en GRAHAM, *Regulating...*, cit., p. 154, que, en opinión de este último autor, desnaturalizarían el instituto (GRAHAM, *Regulating...*, cit.).

¹¹¹ Véase, ejemplificativamente, el art. 39, inc. b) de la ley 24.076: “[L]as tarifas que apliquen los transportistas y distribuidores deberán contemplar: Que guarde relación con el grado de eficiencia y prestación satisfactoria de los servicios”.

cinco años, elemento exógeno, de cumplimiento ineludible ¹¹², que brinda estabilidad y predictibilidad al sistema ¹¹³. La revisión anticipada del *price cap* original que se fijó al momento de privatizarse el servicio (y, extensivamente, la revisión extemporánea de aquél luego de una revisión periódica), tanto en sede administrativa como, incluso, judicial, a iniciativa del regulador o de un tercero consumidor, pone, de hecho, en peligro las bases de la relación contractual misma, que preestableció que, en principio y hasta el final del período pre-determinado, no se revisaría el factor.

Asimismo, no puede soslayarse la particular situación del regulador, el cual puede —como vimos—, tanto antes de privatizar el servicio como cuando éste ya está privatizado, obtener toda la información necesaria para determinar el factor que nos ocupa. De esta suerte, una sola ruptura del plazo quinquenal por verificarse *interin* una de aquellas dos evidencias disvaliosas —ganancias excesivas, precios demasiado elevados— significa la posibilidad de otras futuras rupturas, y la concreción del peligroso acercamiento del *price cap* a aquel otro sistema de regulación de tarifas del cual se distingue: la regulación de la tarifa por tasa de retorno o de rendimiento ¹¹⁴. La ruptura de la frecuencia de revisión, en otras palabras, quiebra la viabilidad del sistema de *price cap* ¹¹⁵ y su integridad ¹¹⁶, amén de hacer caso omiso del acuerdo original ¹¹⁷ sobre el que descansan los derechos y expectativas de los cocontratantes a partir del momento de la privatización ¹¹⁸.

¹¹² Cfr. MAIRAL, "La determinación...", cit., p. 64, donde sostiene que la Administración debe controlar que las ganancias del concesionario no superen un rendimiento razonable, si bien podríamos suponer que tal opinión doctrinaria es insertable en el marco de las tarifas regladas por el sistema de tasa de retorno o de rendimiento o *rate of return*, a tenor del desarrollo efectuado por el citado autor a partir del cap. II.

¹¹³ BUDASSI, "Licencias...", cit., p. 267.

¹¹⁴ Cfr. LITTLECHILD, *Regulation...* cit., p. 33; TRAIN, Kenneth E., *Optimal regulation. The economic theory of natural monopoly*, The MIT Press, Cambridge, Mass., 1997, ps. 318/319.

¹¹⁵ BALDWIN, Robert - CAVE, Martin, *Understanding...*, cit., p. 238.

¹¹⁶ Cfr. VICKERS, John - YARROW, George, *Privatization...*, cit., p. 207, si bien en la misma obra reconoce que "Las verdaderas diferencias [entre el *rate of return* y el RPI-X] son de frecuencia (*timing*) y de simplicidad. Tal como se lo practica en Gran Bretaña, el RPI-X involucra una demora regulatoria (*regulatory lag*) prolongada y exógena en el sentido de que las oportunidades para las revisiones formales se establecen de antemano" (p. 241).

¹¹⁷ Se ha sugerido la expresión "contrato regulatorio" (*regulatory contract*) para tal relación, que involucraría no sólo a la firma que presta el servicio y al Estado que privatiza, sino también al ente regulador competente. Ampliar en BUDASSI, "Licencias...", cit., p. 256, y en PARKER, D., *Caveat emptor at privatization? Reflections on the regulatory contract in the UK*, Occasional Paper 9, Centre for the Study of Regulated Industries, Chartered Institute of Public Finance and Accountancy, London, 1997.

¹¹⁸ Para la relación contractual en general, véase CASSAGNE, *Derecho administrativo*, cit., t. II, p. 534. Para la revisión anticipada, véase ARIÑO ORTIZ, *Teoría...*, cit., p. 279.

No obstante ello, no podemos evitar destacar que estas reflexiones se corresponden con un marco regulatorio, que establezca tarifas reguladas por *price caps*, en el cual no se hayan previsto las revisiones "anticipadas" con fundamentos en las "ganancias excesivas". Por ende, en la medida en que en el respectivo marco se hubiere determinado como causal de revisión anticipada la comprobación de esa clase de ganancias —bajo un sistema de *price cap* "no puro" o "híbrido", en la terminología de Laffont y Tirole¹¹⁹— y en la medida en que éstas hubieren sido definidas normativamente en forma inequívoca¹²⁰ —diferenciándolas de las ganancias mayores y de los simples beneficios de la empresa— procedería que, acreditados los extremos previstos en la norma, tramitara la revisión anticipada. Esta interpretación no hace sino guardar armonía con el marco legal que regla las relaciones entre la empresa y el regulador y el acuerdo o compromiso oportunamente acordado¹²¹, que, a su vez, irradia sus efectos hacia los usuarios.

g) *Redeterminación del factor X*

Como señalamos previamente, el incentivo, en las tarifas regladas por *price caps*, se halla en la redeterminación periódica del factor X; la redeterminación apunta a que la empresa sea un tanto por ciento más eficiente que en el período anterior. A título de ejemplo, puede mencionarse el caso de BT, cuyo *price cap* originario de RPI-3 fue reducido primero a RPI-4.5, luego a RPI-6.25 en un ajuste técnico de mitad de período, y en la segunda revisión quinquenal a RPI-7.5¹²². En el caso mencionado en el acápite e), *supra*, el *price cap* originario de PPI-0 fue reducido a PPI-4.7.

Como vimos, el factor X redeterminado luego de una revisión posee doble naturaleza, al igual que el cuadro tarifario respectivo. El acto de redetermina-

¹¹⁹ LAFFONT, Jean-Jacques - TIROLE, Jean, *A theory...*, cit., p. 18.

¹²⁰ Avala esta interpretación la reflexión del Dr. Petracchi en el consid. 15 de su voto en *Fallos*, 321:1252, "Prodelco", al destacar que la ambigüedad y vaguedad de los términos, la falta de definiciones, en fin, la "serie de imprecisiones impide realizar (...) el examen de constitucionalidad que reclama la actora (sobre la relevancia de disponer de información precisa a los efectos de resolver controversias. véase KAPLOW, Louis, *Accuracy in adjudication*, Cambridge, John M. Olin, Centre for Law, Economics and Business, Harvard Law School, 1996, Discussion Paper, nro. 198)".

¹²¹ Destaca TAWIL, "Avances..." cit., cap. III, b), que la introducción de modificaciones unilaterales en el esquema inicial (casos "BT", "British Gas" y "British Airports") no respetaron el "compromiso original".

¹²² Tomamos el ejemplo de GLYNN, Dermot, "Price caps in practice: A review of MMC verdicts", *Price caps and profit sharing. A policy review*, Proceedings 14, Centre for the Study of Regulated Industries, Chartered Institute of Public Finance and Accountancy, London, 1995, p. 56.

ción se hallará precedido del correspondiente dictamen previo ¹²³, el cual, a su vez, se nutrirá de las consideraciones que se hayan vertido en los informes que hayan sido arriados. Recordemos que sobre el regulador pesa la especializada obligación de determinar el factor "fundadamente" ¹²⁴, lo cual equivale a que deberá establecerlo sin arbitrariedad, lo que no es sino manifestación de la obligación de motivar los actos ¹²⁵ como lo exige el art. 7º, inc. e) de la Ley de Procedimientos Administrativos, y concreción del deber estatal de "dar razones" por lo que decide ¹²⁶.

Ahora, si bien la cuestión de la metodología a adoptar para la redeterminación del factor X congrega apreciaciones de índole jurídica y económica, entre otras disciplinas comprometidas, las consideraciones de este acápite serán acotadas a algunas cuestiones de interés jurídico.

¹²³ Acerca de la valoración de dicha pieza, véase BIANCHI, Alberto B., "El control judicial sobre la zona interna de la administración", LL. 1989-C-481 y ss., y COVIELLO, Pedro, "La denominada 'zona de reserva de la administración' y el principio de la legalidad administrativa", REDA. nro. 21/23, Depalma. Buenos Aires. 1996, ps. 109 y ss., esp. ps. 134/135.

¹²⁴ P. ej., cfr. art. 42, inc. 2º del dec. 1738/1992 para el sector del gas.

¹²⁵ Acerca del reglamento como clase de acto administrativo general, véase MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 237 (*passim*) y t. II, 1993, p. 228. Cfr. CASSAGNE, *Derecho...*, cit., p. 55; COMADIRA, "Acto administrativo", en *Derecho...*, cit., ps. 33 y ss.; GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. III, 5ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, p. IV-31, y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, t. I, 10ª ed., Civitas, Madrid, 2000, ps. 183 y ss. En COMADIRA, "Acto...", cit., se efectúa una sistematización de las diversas opiniones doctrinarias en materia de contenido de la noción de acto administrativo, respecto de la unilateralidad o bilateralidad en su formación y del carácter individual o general de sus efectos, pasándose de una definición "absolutamente amplia", a posturas "intermedias" y "restrictivas". Sobre la motivación del "acto administrativo", sin adhesión expresa al concepto restrictivo o amplio del mismo, véase TAWIL, Guido S. - MONTI, Laura M., *La motivación del acto administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1998.

¹²⁶ Debemos destacar que ésta parece ser la tendencia en materia de reglamentos. En este sentido, el art. 253 (antiguo art. 190) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (Roma, 1957), en *Tratado de Amsterdam y versiones consolidadas de los Tratados de la Unión Europea y de la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1998, p. 350, acoge el criterio propiciado al establecer que "Los reglamentos, las directivas y las decisiones adoptadas conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, así como los reglamentos, las directivas y las decisiones adoptadas por el Consejo o la Comisión, deberán ser motivados y se referirán a las propuestas o dictámenes preceptivamente recabados en aplicación del presente Tratado". A favor del requerimiento de motivación de los reglamentos, GALLIGAN, D. J., *Due process and fair procedures. A study of administrative procedures*, Clarendon Press, Oxford, 1996, ps. 460 y 471; DEBBASCH, Charles, *Institutions et droit administratifs*, t. II, 4ª ed., Presses Universitaires de France, París, 1998, p. 265; LUBBERS, Jeffrey S., *A guide to federal agency rulemaking*, 3ª ed., American Bar Association, Chicago, 1998, p. 328; DIEZ Heracio P., *Reglamentos. Su impugnación en el procedimiento administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 41. Empero, cfr. CRAIG, P. P., *Administrative law*, 4ª ed., Sweet & Maxwell, London, 1999, p. 364; CASSESE, Sabino, *Le basi del diritto amministrativo*, 9ª ed., Garzanti, Torino, 1997, p. 330.

Al escribir estas líneas, no podemos soslayar la nota de incertidumbre que rodea la redeterminación, no sólo en el medio británico sino también en el medio local. Explica Tawil que siendo que la eficacia del sistema de *price cap* depende del modo en que se determine el factor X, la mayor parte de las licencias y contratos de concesión no han determinado con precisión "cómo" se lo determina ¹²⁷. Razón le asiste: lo cual no puede sino generar preocupación, no sólo entre las firmas a las cuales se les está redeterminando el factor, sino especialmente entre los consumidores, que son los que, una vez redeterminado el mismo, y reajustada la tarifa, deberán abonar los montos que se les facturen.

Por lo dicho, más allá de las apreciaciones que se puedan formular —fundadas en los requerimientos de adecuada motivación de los actos ¹²⁸ y de debido proceso en materia tarifaria ¹²⁹—, la preocupación más avasalladora en derredor de la redeterminación del factor X podría resumirse como la aparente necesidad de estándares normativos previamente establecidos a tal fin, esto es, el "cómo" aludido por la doctrina.

Ese "cómo" redeterminar el factor X, según O'Neill y Vass ¹³⁰, abarcaría cuestiones de la más variada índole, incluyendo, además de los estándares de calidad y servicio garantizados a los consumidores y las legítimas expectativas de los inversores, los siguientes aspectos:

— consideraciones típicas de la regulación por tasa de retorno tales como el costo de capital, el cómputo de gastos de capital, y el cómputo de gastos operativos, necesarios para elaborar el modelo de flujo de fondos, y los modos de valuación de activos —por valuaciones de mercado o por valuaciones contables— al inicio del período;

— la consideración de la tasa interna de retorno verdadera o real y la tasa interna de retorno convencional;

— el mantenimiento de los incentivos a la eficiencia;

¹²⁷ TAWIL, "Avances...", cit., cap. III. b).

¹²⁸ Acerca de la motivación de los actos y reglamentos, ampliar en MONTI, Laura M., "El poder reglamentario de los entes reguladores", en *La transformación regulatoria, la seguridad jurídica y los contratos de gas*. Asociación de Abogados de la Industria del Gas, Buenos Aires, 2001, ps. 11 y ss., esp. p. 17, donde alude a "la motivación de los actos reglamentarios", la cual "no debe consistir entonces en un mero relato de antecedentes y posiciones de las partes"; y en nuestro "La motivación como requisito esencial del acto administrativo", en *Jornadas sobre Acto Administrativo y Reglamento*. Austral, 2001, en prensa.

¹²⁹ Acerca de las cuestiones que plantean los servicios públicos (tarifas, valuaciones, órdenes unilaterales del concedente que modifiquen las condiciones del servicio, etc.) y su posibilidad de subsunción en los principios generales que surgen de la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de debido proceso como garantía innominada, véase LINARES, Juan F., *Razonabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución argentina*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1970, ps. 224 y ss.

¹³⁰ O'NEILL - VASS, *Incentive...*, cit., p. 19.

- la oposición entre valores reales y valores nominales;
- la salvaguarda de la capacidad operativa de la empresa o el mantenimiento de su capital financiero;
- la contabilización de los costos;
- el establecimiento de cuáles serán las ganancias admisibles a pagar sobre la marcha (*pay as you go*) o las ganancias admisibles basadas en la depreciación;
- la tasa de retorno económico o contabilizado;
- el tratamiento de los costos hundidos;
- el cómputo de las ganancias no esperadas (*windfall gains*) derivadas de la mayor eficiencia; entre otros factores ¹³¹.

Las reflexiones hasta aquí volcadas recomendarían —en pos de la debida protección de los derechos no sólo de los consumidores sino también de las firmas involucradas— la implementación de un rito administrativo-regulatorio que preestableciera, a efectos de la redeterminación que nos ocupa, las definiciones, principios y procedimientos previos aplicables a la misma (sobre los cuales ya se ha explayado con extremo detalle la doctrina ¹³²) sugeridas, enunciativamente, en la enumeración que antecede. Es que, como oportunamente se sostuviera, la regulación por *price caps* se diferencia de la regulación por tasa de retorno en el “grado”, no en la naturaleza ¹³³, por lo que, cuestiones como las enumeradas no podrían no estar reguladas so pretexto de la simplicidad que caracterizaría a aquel modo de regulación. La regulación de la redeterminación del factor que nos ocupa tendría, a su vez, que ser objeto de publicación para, ulteriormente, ser aplicada en el marco de la licencia o concesión de que se trate.

La oportunidad ideal para la concreción de esta labor reglamentaria es, como podemos imaginar, la anterior al momento de la génesis de la relación contractual: la regulación de la redeterminación del factor X debería existir *ex ante*, para regir durante toda la contratación, brindando el necesario componente de certeza a ésta, máxime ante el interés público comprometido ¹³⁴. De tal suerte, una redeterminación resuelta sin el necesario andamiaje normativo previo aludido, decidida con fundamentos en un “cómo” implementado en y para una redeterminación en particular sería producto de una regulación *ad hoc*, aje-

¹³¹ Véase, asimismo, GOULDING, A. J. - FRAYER, Julia - WALLER, Jeffrey, “X marks the spot”, en *Public Utilities Fortnightly*. Public Utilities Reports, Vienna, Virginia, vol. 139, nro. 14, 15/7/2001, ps. 28 y ss., esp. p. 36.

¹³² O’NEILL - VASS, *Incentive...* cit.; así como VASS, Peter, “The methodology for resetting X”, *Regulatory Review* 1997. Centre for the Study of Regulated Industries, Chartered Institute of Public Finance and Accountancy, London, 1997, y ARMSTRONG, Mark - COWAN, Simon - VICKERS, John. *Regulatory...* cit., ps. 132 y ss. entre otros.

¹³³ PROSSER, Tony, *Law and the regulators*. Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 67, y su cita.

¹³⁴ Cfr. GAMBIER, Beltrán. “El principio...”, cit., p. 454.

na —en apariencia— al compromiso original, y enderezada, en el contexto del caso particularizado, a la probable generación de las habituales contingencias de transacción involucradas en decisiones de tales características, que, obvios, no podrían —en tanto abarcadoras de disímiles fuentes de fundamentación no sólo técnica sino también jurídica— ser morigeradas bajo la directriz general de que las tarifas resultantes de la redeterminación del factor deban cumplir, por ejemplo, con los requisitos de justicia y razonabilidad ¹³⁵.

h) La cuestión de las "ganancias excesivas" pos redeterminación: Remisión

Sobre este punto, nos remitimos a lo expresado en la sección f), *supra*.

IV. LA EFICIENCIA EN LAS TARIFAS REGLADAS BAJO EL SISTEMA DE TASA DE RENDIMIENTO O DE RETORNO O *RATE OF RETURN* ¹³⁶

a) Generalidades

En las tarifas reguladas bajo el sistema de tasa de retorno o de rendimiento o *rate of return*, y como indica la denominación, se le garantiza a la empresa prestadora un determinado nivel de retribución —razonable— con más la recuperación del capital invertido.

Averch y Johnson ¹³⁷ explican el fenómeno de la siguiente manera: "Al juzgar el nivel de los precios facturados por las empresas por los servicios sujetos al control estatal, las agencias reguladoras del gobierno comúnmente emplean un criterio de 'justa tasa de retorno': luego de que la firma resta sus gastos operativos del ingreso bruto, el ingreso neto resultante debería ser suficiente como para compensar a la firma por sus inversiones en planta y equipamientos. Si la tasa de retorno, computada como la relación entre ingreso neto y valuación de la planta y equipamientos (base de la tarifa) es juzgada como excesiva, se ejercerá presión para que la empresa reduzca los precios. Si la tasa es considerada demasiado baja, a la empresa se le permite aumentar sus precios".

¹³⁵ Conceptos jurídicos indeterminados que, si bien pueden ser eventualmente "determinados" judicialmente, como enseñan COMADIRA, Julio - CANDA, Fabián, "Responsabilidad del Estado por omisión (actos interorgánicos y conceptos jurídicos indeterminados en un fallo de la Cámara Contencioso-administrativa)", en LL, 1996-A-606 y sus citas, se insertan históricamente en el campo de la regulación de las tarifas bajo el sistema de *rate of return*; véase nuestro *El concepto...*, cit., sección II.

¹³⁶ Acerca del concepto de regulación de tarifas por este sistema, véase BIANCHI, *La regulación...*, cit., ps. 335 y ss.

¹³⁷ AVERCH, Harvey - JOHNSON-LELAND, L., "Behaviour of the firm under regulatory constraint", en *American Economic Review*, vol. LII, nro. 5, diciembre de 1962, ps. 1052 y ss., esp. p. 1052.

Así descrito, el sistema parecería hacer caso omiso de los costos en los que incurra la empresa—que siempre obtendrá su constante ganancia—por lo que la principal labor del regulador será, precisamente, recolectar toda la información posible sobre dichos costos para controlarlos ¹³⁸.

b) Críticas

La regulación de las tarifas por tasa de retorno, que posee una larga práctica en diversos países, en especial en los Estados Unidos, ha sido criticada incluso por los norteamericanos mismos, en razón —entre otras— de:

1. La falta de incentivos a la eficiencia, en pos de la reducción de costos y de la innovación tecnológica: así, un aumento en los *inputs* de capital implica casi automáticamente un aumento en la ganancia permitida ¹³⁹.

2. Los efectos distorsivos del capital en el empleo del *rate of return*: dado que la tasa de retorno permitida se define tomando en cuenta un porcentaje de *inputs* de capital, las ganancias pueden aumentarse produciendo demasiado intensamente desde el punto de vista del capital (*too capital intensively*) —en otras palabras, empleando más capital del que resulta eficiente—, lo cual se conoce como “efecto Averch y Johnson” ¹⁴⁰.

¹³⁸ Ampliar en BIANCHI, *La regulación...*, cit., ps. 335 y ss.

¹³⁹ BÖS, *Pricing...*, cit., p. 278; KAHN, Alfred E., *The economics of regulation. Principles and institutions*, The MIT Press, Cambridge, Mass., 1988, p. 62/II; BONBRIGHT, James C., *Principles of public utility rates*, Columbia University Press, New York, 1961, p. 262, y BONBRIGHT, James C. - DANIELSEN, Albert L. - KAMERSCHEN, David R., *Principles of public utility rates*, 2ª ed., Public Utilities Reports, Arlington, Virginia, 1988, p. 366, quien señala “en la medida en que las tarifas se fijan tal que se le asegure aún a una empresa con un *management* mediocre que podrá recuperar sus costos, incluyendo un ‘justo rendimiento’, y en la medida en que cualquier rendimiento superior le sea denegado incluso a la empresa que cuente con un *management* excepcional, se carecerá, en la empresa privada regulada, de un estímulo en pos de la eficiencia comparable con el estímulo propio de la verdadera competencia”.

¹⁴⁰ BÖS, *Pricing...*, cit., p. 278; KAHN, *The economics...*, cit., ps. 49/II y ss. Ampliar en BUSTAMANTE, *Desregulación...*, cit., p. 117, y en BIANCHI, *La regulación...*, cit., p. 336. El denominado “efecto Averch y Johnson” vio la luz en AVERCH, Harvey - JOHNSON-LELAND, L., “Behaviour...”, cit., donde finalmente proponen que se exploren formas alternativas de control gubernamental sobre las tarifas que eviten el criterio de retorno o rendimiento de las inversiones para que no se genere la mala asignación (*misallocation*) de recursos económicos (p. 1068). Cabe aclarar que los autores citados no enfocan su análisis del problema de la apreciación del capital invertido desde el punto de vista de su “valuación”—tal que la base de la tarifa (*rate base*) pueda ser eventualmente “inflada” por la empresa para aumentar sus ganancias—, sino desde el punto de vista de su “adquisición”: la firma querrá adquirir capital adicional si la tasa de retorno admisible excede el costo del capital (AVERCH, Harvey - JOHNSON-LELAND, L., “Behaviour...”, cit., p. 1059) y, a contrario sensu, no querrá adquirirlo si la tasa de retorno no lo excede.

3. Los elevados requerimientos en punto a la información requerida para que el regulador pueda tomar decisiones ¹⁴¹: dado que la ganancia permitida se define como un porcentaje de los *inputs* de capital, el regulador tiene que determinar cuál será la metodología de depreciación de bienes más adecuada, y cómo se asignarán los costos de capital entre los servicios regulados y no regulados —monopólicos y en libre competencia— que preste la empresa, y entre los diversos servicios regulados que ésta preste ¹⁴².

4. Desde el punto de vista del riesgo, como a la empresa se le garantiza una determinada tasa de retorno, el riesgo es soportado exclusivamente por los consumidores ¹⁴³, no encarando la empresa el riesgo de tener que alcanzar determinado nivel de eficiencia fijado por el regulador.

Estas críticas, amén de otras, han llevado a la Comisión Federal de Comunicaciones de los Estados Unidos en 1987 y 1988 a proponer la sustitución de la regulación por tasa de retorno por la regulación por *price caps* en el mercado de llamadas telefónicas locales y de larga distancia. Entre tanto, muchos estados norteamericanos han adoptado la regulación por *price caps* en los servicios telefónicos intraestadales provistos por AT&T, y la FCC ha aplicado la regulación por *price caps* a los precios por llamados interestadales provistos por AT&T ¹⁴⁴. Por último, se halla en camino la reestructuración eléctrica en los Estados Unidos, propiciándose en la misma la implementación de tarifas regladas por *price caps*.

En resumen, en los Estados Unidos, el movimiento desde el *rate of return* al *price cap* se está concretando, posibilitándose que los usuarios se beneficien con los ahorros derivados de la mayor eficiencia de las empresas. De esta manera, parecerían estar comenzando a tornarse realidad los objetivos que Kahn, hace ya más de treinta años, enumerara, como evidencia de una buena *performance* de la *public utility* norteamericana, esto es: a) el logro de eficiencia; b) la relación de los precios, individual y colectivamente, a los costos; c) la garantía de calidad del servicio; d) la innovación y mejora del mismo ¹⁴⁵.

¹⁴¹ BELOUBET-FRIER, Nicole. "Servicio público y derecho comunitario", en *REDA*, nro. 18, Depalma, Buenos Aires, 1995, ps. 45 y ss., esp. p. 68. Sin embargo, aun bajo la regulación por *price caps*, los requerimientos de información no se ven tan atenuados o simplificados; ampliar en SPRING, Peter, "An investigation of RPI-X price cap regulation using british gas as a case study", *Discussion Paper 1*, Centre for the Study of Regulated Industries, Chartered Institute of Public Finance and Accountancy, London, 1992, p. 17.

¹⁴² ARIÑO ORTIZ, *Teoría...*, cit., p. 276; BÖS, *Pricing...*, cit., p. 278; KAHN, *The economics...*, cit., ps. 26/I y ss. Ampliar en BIANCHI, *La regulación...*, cit., p. 351.

¹⁴³ SPRING, Peter, "An investigation...", cit., p. 1.

¹⁴⁴ Véase GOODMAN, Leonard S., *The process of ratemaking*, t. II, Public Utilities Reports, Vienna, Virginia, 1998, ps. 1130 y ss., esp. p. 1134.

¹⁴⁵ KAHN, *The economics...*, cit., p. 95/II.

VI. CONCLUSIONES

De las líneas que anteceden parecería poder colegirse que el movimiento regulatorio hacia la regulación de las tarifas de los servicios públicos por medio de *price caps* es una tendencia corroborable. Ésta puede deberse a una pluralidad de factores, pero entre ellos emerge la eficiencia por parte de la empresa prestadora como la mejor garantía para el bienestar del público usuario comprendido.

Ello no obstante, muchos aspectos de interés relevante para la correcta implementación del sistema podrían haber sido objeto de regulación para su óptima operatividad, reduciéndose la discrecionalidad del regulador, previéndose *ex ante* soluciones generales y evitándose, mediante un ordenamiento más "completo", los costos de transacción de inevitable consideración cuando de marcos regulatorio-contractuales incompletos se trata.

Empero, no debemos olvidar que, así como una Carta Fundamental que contuviera un detalle exacto de las competencias de cada uno de las ramas de gobierno sería inasequible por la mente humana, al decir de Marshall ¹⁴⁶, pues bien, un marco regulatorio-contractual "completo", que previera absolutamente todas las contingencias futuras, sería aquel que no hallaría oferente y eventual cocontratante alguno.

Retrospectivamente, las previsiones regulatorias en torno al tema que nos ocupa no merecerían reproche alguno a la luz del objetivo político privatizador, oportunamente fijado. Para las contrataciones futuras, entonces —toda vez que una solución legal de aplicación retroactiva a los compromisos vigentes afectaría los derechos de los cocontratantes y terceros involucrados—, con tarifas reguladas por el sistema de *price caps*, y sobre la base de las enseñanzas de la historia reguladora no sólo local sino principalmente británica, no cabe sino recomendar, por vía de reglamentación: a) una sistematización de criterios en torno al concepto de eficiencia, dada la pluralidad de concepciones existentes, especialmente entre la eficiencia asignativa y productiva; b) la forma de redeterminación del factor X, tanto en sus aspectos sustantivos como adjetivos, jurídicos como contables; c) un tratamiento de las ganancias no esperadas, diferenciando ganancias mayores, excesivas y simples beneficios. Son estos aspectos inevitables cuya regulación propiciamos, en la seguridad de que no darán al sistema un rasgo de inasequible completitud sino de adecuación necesaria para el correcto desenvolvimiento posterior de la relación contractual, en la cual se halla también involucrado un elevado interés del público usuario.

¹⁴⁶ Aludimos a la opinión del Justice Marshall en "McCulloch v. Maryland", 17 US (4 Wheaton) 316, esp. p. 407. sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos del año 1819: *A constitution to contain an accurate detail of all subdivisions of which its great powers will admit and of all the means by which they may be carried into execution, would partake to the prolixity of a legal code, and could scarcely be embraced by the human mind. It would never be understood by the public.*